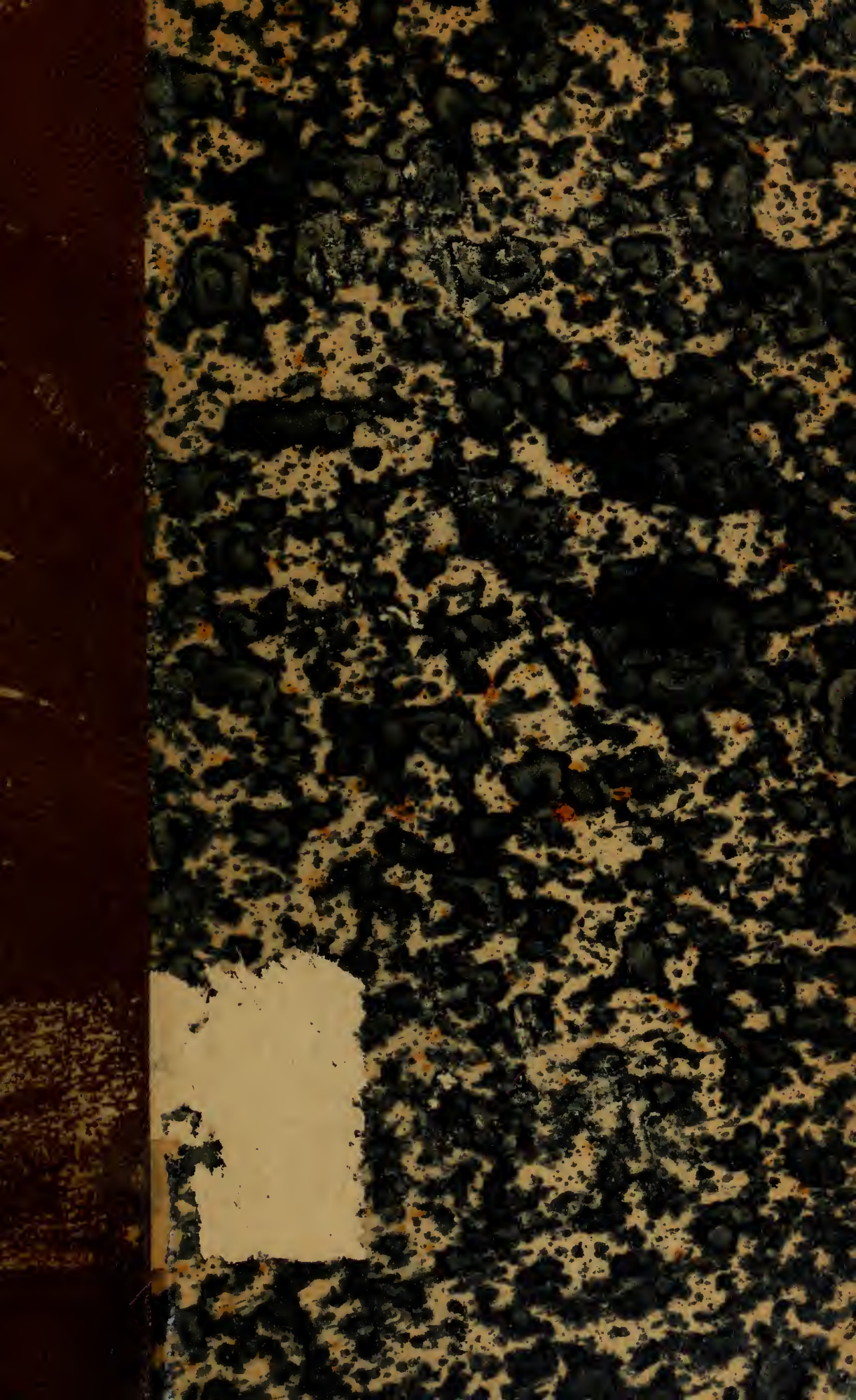

Ex Libris

La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Ottawa, Canada

Gracieusement offert par

Me Rosaire Barrette
302, rue Wilbrod
Ottawa, Ontario.

Le 15 janvier 1953.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXIX

PARIS. — TYPOGRAPHIE LAHURE
Rue de Fleurus, 9

KJV
H44
.21804
.A7
D454
1860
v.29

TRAITÉ

DES CONTRATS

OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

EN GÉNÉRAL

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME SIXIÈME

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Iuris

PARIS
IMPRIMERIE GÉNÉRALE
RUE DE FLEURUS, 9

DURAND & PEDONE LAURIEL
LIBRAIRES
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)

COSSE, MARCHAL ET BILLARD
PLACE DAUPHINE, 27

HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

A. MARESCQ AINÉ
RUE SOUFFLOT, 17

1876

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA

51133

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

DES

CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SECTION VII.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS.

EXPOSITION.

SOMMAIRE.

1. — La nullité ou la rescision est le dernier mode d'extinction des obligations, que l'article 1234 énumère. — Importance de ce sujet.
2. — Comment se peut-il que l'action en nullité soit une manière d'éteindre une obligation?
3. — Cette objection appelle deux explications : l'une, historique; l'autre, scientifique.

4. — *a*. Explication historique. — L'origine de ce phénomène juridique remonte au droit romain.
5. — Le même phénomène se retrouve dans notre ancien droit français, sous l'empire duquel on distinguait les actions en nullité d'avec les actions en rescision.
6. — Suite.
7. — Suite.
8. — Suite.
9. — Il y avait, notamment, entre les actions en nullité et les actions en rescision, trois différences :
10. — 1° La première différence était relative aux causes qui y donnaient ouverture. — Explication.
11. — Suite.
12. — 2° La seconde différence entre les actions en nullité et les actions en rescision était relative à la manière de les intenter.
13. — Suite.
14. — Suite.
15. — 3° La troisième différence entre les actions en nullité et les actions en rescision était relative à la durée de la prescription, à laquelle elles étaient soumises.
16. — La prescription des actions en rescision était de dix ans. — Ordonnances de juin 1510 et d'octobre 1535.
17. — La prescription des actions en nullité était de trente ans, en règle générale. — Il y avait, toutefois, à cette règle une exception importante, en ce qui concernait les mineurs.
18. — Législation intermédiaire. — La loi du 11 septembre 1790, en supprimant les Chancelleries, fit disparaître la différence qui existait entre les actions en nullité et les actions en rescision, quant à la manière de les introduire. — Observation.
19. — Conclusion de l'explication historique.
20. — *b*. Explication scientifique. — Observation.
21. — Il faut distinguer la convention nulle d'avec la convention annulable. — Trois différences existent entre l'une et l'autre.
22. — De la convention nulle.
23. — De la convention annulable.
24. — Suite.
25. — Suite.
26. — Le législateur du Code Napoléon, qui a consacré la distinction entre les conventions nulles et les conventions annulables, a-t-il aussi consacré la distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision?
27. — Suite.
28. — Suite.
29. — Exposition de la doctrine de Toullier sur la distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision.
30. — Réfutation de cette doctrine.
31. — Une autre distinction a été proposée entre les actions en nullité et les actions en rescision. — Exposition.
32. — Suite.
33. — Suite.

34. — Suite.
35. — Suite.
36. — Suite.
37. — Suite.
38. — Réfutation de cette seconde distinction.
39. — Suite.
40. — Suite.
41. — Suite.
42. — Suite.
43. — Suite.
44. — Observation générale. — Conclusion.
45. — Division.

1. — La nullité ou la rescision est le dernier mode d'extinction des obligations, que l'article 1234 énumère;

Le dernier, et non pas le moins intéressant!

Les plus graves questions s'y agitent.

Et M. Larombière a pu dire que « l'article 1304 est l'un des articles les plus importants dans la pratique et dans la théorie des obligations. » (T. IV, n° 1.)

2. — Tout d'abord même, on demande comment l'action en nullité peut être une manière d'éteindre une obligation.

Il semble, en effet, qu'il n'y ait qu'une obligation valable, qui puisse s'éteindre, comme on dit familièrement qu'il n'y a que les vivants qui meurent.

Si l'obligation est déclarée nulle, elle n'a pas existé; et si elle n'a pas existé, elle ne peut pas s'éteindre.

Pourtant, c'est bien comme un mode d'extinction, que notre section, d'accord avec l'article 1234, présente l'action en nullité ou en rescision.

3. — Cette objection appelle deux explications :

La première, historique;

La seconde, scientifique.

Il est essentiel d'exposer, dès le début, l'une et l'autre, parce qu'elles forment ensemble la base de toute la théorie, que nous abordons.

4. — *a.* Historiquement, c'est au Droit romain qu'en remonte l'origine.

On sait qu'il y avait à Rome deux législations, en quelque sorte, parallèles : le Droit civil et le Droit prétorien.

Or, c'est précisément dans l'antagonisme de ces deux législations que la théorie des actions en rescision a pris d'abord naissance.

Le Droit civil, l'*ipsum jus !* était d'une rigueur inflexible; il ne connaissait pas de milieu; c'était tout ou rien !

L'obligation était donc, en effet, ou tout à fait valable, ou tout à fait nulle.

Était-elle *justa*, conforme aux principes du Droit civil, elle était valable, absolument et irrévocablement.

Était-elle *non justa*, non conforme aux principes du Droit civil, elle était nulle, aussi absolument et irrévocablement.

Il est facile de comprendre tout ce qu'une législation ainsi faite pouvait avoir d'inconvénients, et les iniquités qui devaient en naître !

C'est ce que les Romains eux-mêmes reconnurent :

« *Sæpe enim accidit*, disait Gaius, *ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari....* » (Comm. IV, § 116.)

L'exemple qu'en donne Justinien est certes des plus probants :

« *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras,* PALAM EST JURE CIVILI TE OBLIGATUM ESSE; *et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem.* » (Inst. *de Exceptionibus*, § 1.)

Comment ! vous vous étiez obligé sous les étreintes de la violence,

Et votre obligation était valable, irrévocablement valable ?

Oui !

Le vieux Droit civil ne tenait compte que de la forme; les paroles sacramentelles avaient-elles été prononcées : *Spondesne? — Spondeo.*

Cela suffisait.

Palam est jure civili te obligatum esse!

Mais le Droit prétorien était venu corriger, civiliser ce Droit primitif et barbare.

L'obligation, que le Droit civil validait, le Droit prétorien l'annulait.

A cet effet, il accordait ses *in integrum restitutiones*, d'où procèdent justement nos anciennes actions françaises en rescision.

Telle est l'origine de cette théorie.

Voilà une obligation *valable*, en effet, d'après le Droit civil, qui *s'éteint* dans la *nullité*, où le Droit prétorien la fait périr.

Et c'est bien l'existence simultanée de ces deux législations qui fait, pour la première fois, apparaître ce phénomène juridique,

Lequel d'ailleurs trouvait aussi une base ou plutôt un mode de fonctionnement dans la Procédure formulaire, dont le mécanisme s'y adaptait parfaitement bien. (Comp. Gaius, *Inst. Comm.*, IV, §§ 39 et suiv.)

5. — La même cause produisit, dans notre ancien Droit français, un résultat sinon semblable, du moins analogue.

Chose digne de remarque !

Ce fut aussi l'existence simultanée de deux législations qui, vers le seizième siècle, donna naissance à cette distinction, dont le rôle était si considérable dans le Droit antérieur à 1789, entre les actions en nullité et les actions en rescision.

La France, en effet, dans ce temps, avait aussi deux sortes de Droit :

D'une part, le Droit français, Droit national, qui était formé des Ordonnances et des Coutumes;

Et, d'autre part, le Droit romain, Droit étranger.

L'empire de l'une et de l'autre législation n'était pas, à beaucoup près, le même !

Une convention était-elle nulle, en vertu d'une disposition du Droit français,

C'était bien, en effet, *une action en nullité* qui en résultait; et cette action pouvait être directement portée devant les juges compétents pour y statuer.

Une convention, au contraire, était-elle nulle, en vertu d'une disposition du Droit romain,

Ce qui en résultait seulement, c'était *une action en rescision;* et, pour l'introduire, il fallait obtenir préalablement *des lettres de rescision* du Roi, comme on obtenait, en Droit romain, *une exception* du Préteur.

N'est-ce pas bien le même phénomène, qui nous représente encore une obligation *valable,* qui va *s'éteindre* dans *la nullité*, dont elle sera frappée :

En Droit français, par le moyen *d'une rescision,* comme en Droit romain, par le moyen *d'une restitution.*

Et même le Droit français avait emprunté au Droit romain sa terminologie; et il appelait indifféremment ce remède *rescision* ou *restitution.*

6. — Coquille expliquait ainsi cette distinction célèbre entre les actions en nullité et les actions en rescision, et qu'elle procédait, en effet, de la différence d'origine des deux législations, qui gouvernaient alors la France :

« On a mis, disait-il, entre droits Royaux, les restitutions en entier fondées sur minorité, dol, crainte ou force, à cause du Velléien, ou à cause de juste erreur, ou pour promesse faite indûment et sans cause, ou pour déception d'outre-moitié du juste prix, jaçoit que les lettres soient de justice sans grâce, dont le remède par raison deut estre demandé devant le juge ordinaire, selon son office de juridiction. Mais je crois que l'introduction de tel Droit est fondée sur ce que les remèdes des restitutions

dépendent du Droit civil des Romains, qui n'a force de loy en France, et pour authoriser et faire valoir l'allégation qui s'en faist, on a recours à la Chancellerie du Roi pour obtenir lettres. Car, en France, nous n'observons pas les loys romaines pour vraies loys, mais pour ce qui y est. Quand les priviléges des universités sont vérifiés en Parlement, on y met la modification, sans reconnaître que le dit Droit romain ayt force de loy en France. Ce qui n'est requis pour faire rescinder ou déclarer nuls les contrats ou dispositions, qui sont interdits par les Coutûmes ou Constitutions de nos Roys, qui sont notre Droit civil; esquels cas le seul office du juge suffit; comme en obligation de femme mariée non autorisée; en donation faite à tuteur; en fait d'usures. » (*Institution au Droit français*, p. 6; comp. Argou, *Inst. au Droit français.*, t. II, p. 480; Bretonnier, *Quest. alphab.*, v° *Bénéfice de restitution.*)

7. — Ce n'est pas que cette explication doive paraître décisive.

Il est permis de ne pas se montrer satisfait des motifs sur lesquels nos anciens coutumiers fondaient la distinction si capitale de ces deux actions.

Aussi Merlin a-t-il été jusqu'à dire que leur raisonnement était absurde et inconséquent:

Absurde, parce qu'il en résulterait que les juges auraient eu besoin de lettres de Chancellerie, soit pour casser un testament, d'après les dispositions du Droit romain, soit pour se conformer, dans leurs décisions, à un point quelconque de ce droit;

Inconséquent, parce qu'il attribue à une formalité purement bursale plus d'effet qu'à la permission expresse et générale que donne le Roi d'enseigner, dans les Écoles, et de suivre, dans les tribunaux, les décisions des législateurs de Rome. (*Rép.*, v° *Nullité*, § VII, n° 2.)

L'observation est juste.

On sait, en effet, que, même sous ce régime, le Droit

romain était chaque jour invoqué et appliqué, dans les autres matières, par les juges français, sans qu'il fût nécessaire d'obtenir des lettres de Chancellerie.

Et il était aussi enseigné dans les Écoles, quoi que dise Coquille, dans le passage, que nous venons de citer, que, *à Paris, ville capitale de France, il n'y a étude publique de Droit civil romain* (*supra*, n° 6).

8. — La vérité est donc que ce motif était plus apparent que réel.

Mais pourtant nous ne pensons pas que Merlin ait eu raison d'ajouter que l'ancienne distinction des actions en nullité et des actions en rescision *ne devait son introduction qu'à l'ignorance des praticiens* (*loc. supra cit.*).

Que les praticiens l'aient suivie plus ou moins aveuglément et qu'ils l'aient même parfois exagérée beaucoup sans la comprendre, cela est incontestable.

Mais ce qui nous paraît aussi certain, c'est qu'elle procédait, au fond, de deux ordres de considérations, qui n'étaient pas de leur fait : les unes, politiques; les autres, fiscales.

D'une part, en effet, cette distinction fut l'un des moyens que les légistes du seizième siècle employèrent pour accomplir l'œuvre patriotique à laquelle ils se dévouaient si résolûment, dans le but d'agrandir le pouvoir royal et de l'élever au-dessus des autres pouvoirs.... *in argumentum primarii, meri, majorisque imperii Regum nostrorum !* disait Mornac. (Sur la loi 21 f.f. *Quod metûs causa*).

D'autre part, il faut bien aussi reconnaître que les lettres de Chancellerie, au moyen desquelles la rescision s'opérait, avaient le caractère d'une formalité questuaire, et que les bénéfices qui en résultaient au profit du fisc ne furent pas étrangers à l'établissement et à la durée de ce régime.

9. — Quoi qu'il en soit, ce régime s'établit et dura pendant une assez longue période, dans notre ancienne législation française.

Et c'était une distinction fondamentale que celle qui séparait, en ce temps, les actions en nullité d'avec les actions en rescision.

Il y avait, notamment, entre les unes et les autres, trois différences.

Elles étaient relatives :

1° Aux causes qui y donnaient ouverture;

2° A la manière de les intenter;

3° A la durée de la prescription, à laquelle elles étaient soumises.

10. — 1° L'exposition qui précède a, par avance, fait connaître les causes différentes qui donnaient ouverture à l'une et à l'autre action.

S'agissait-il d'une *nullité de Droit?* — on appelait ainsi les nullités qui étaient établies par le Droit romain.

C'était le cas *de l'action en rescision,* terme dont la physionomie latine trahit bien, en effet, l'origine romaine, et devait naturellement conduire à *la restitution.*

S'agissait-il d'une *nullité d'Ordonnance* ou d'une *nullité de Coutume?* — on appelait ainsi celles qui étaient établies soit par des Édits, Déclarations ou Lettres patentes, soit par les lois municipales, et qui appartenaient spécialement au droit coutumier.

C'était le cas de l'action *en nullité.*

11. — Ce n'est pas que toutes les nullités qui procédaient du Droit romain donnassent naissance à des actions en rescision, et fussent soumises à la Procédure qui les régissait.

L'action en rescision était, au contraire, réservée pour les cas où, d'après le Droit romain, il y avait lieu à la restitution en entier, et, notamment, lorsque la convention était attaquée pour cause de dol, d'erreur, de violence ou de lésion. (Comp. Guy Coquille, *supra,* n° 6.)

Toutefois, les Praticiens, comme on les appelle, en avaient singulièrement élargi le cercle, entraînés sans doute par la généralité du motif sur lequel on fondait la

distinction, à savoir: que le Droit romain ne pouvait pas avoir d'autorité en France, sans la permission du Roi.

Encore moins avaient-ils souci de la différence qu'il aurait fallu faire, dès qu'on empruntait la doctrine romaine, entre les actions *stricti juris* et les actions *bonæ fidei !*

En quoi on ne saurait disconvenir qu'ils ont bien un peu mérité les durs reproches que les livres anciens et nouveaux adressent *à leur ignorance.*

12. — 2° Nous avons aussi déjà, par avance, résolu la question de savoir de quelle manière l'une et l'autre action devait être intentée.

L'action en nullité se portait directement devant les juges compétents pour en connaître.

Tandis que, pour former une action en rescision, il fallait obtenir préalablement des lettres de rescision.

Ces lettres étaient délivrées, au nom du Roi, par les Chancelleries établies près des Cours souveraines, afin de proroger le pouvoir du juge et de l'autoriser à appliquer le Droit romain.

13. — Telle est l'origine de la célèbre maxime de notre ancien Droit que : *Voies de nullité n'ont point lieu en France.*

Et telle est aussi sa vraie signification et sa limite !

« Cette règle, disait Lorry, ne veut dire autre chose, si ce n'est que le *Droit*, c'est-à-dire les lois romaines, n'ont point, en France, une autorité assez absolue pour opérer la nullité des choses qu'elles prescrivent. » (Sur le *Traité des Domaines*, de Lefèvre-Laplanche, l. II, chap. VII.)

Et de Laurière, dans ses notes sur les *Institutes coutumières* de Loysel, complétait cette explication, en ajoutant :

« Mais, quand il est question de nullités qui sont déclarées par les Ordonnances et les Coutumes, les voies ou exceptions de nullité ont lieu, sans lettres du prince.» (Liv. V, tit. II, règle v.)

On voit que l'ancienne maxime, malgré sa formule générale, était, au contraire, spéciale.

Elle n'était relative qu'à l'action en rescision;

Elle ne concernait pas l'action en nullité.

Finalement donc, elle n'était que la traduction abrégée de la différence de procédure, qui existait dans la manière d'intenter l'une ou l'autre action.

Voies de nullité n'ont point lieu; c'est-à-dire que, lorsqu'il s'agissait d'une action en rescision, procédant d'une origine romaine, il était nécessaire d'obtenir des lettres de rescision du Roi, pour se présenter devant le juge compétent.

Mais, au contraire, lorsqu'il s'agissait d'une action en nullité, procédant d'une origine française, on pouvait dire : *voies de nullité ont lieu;*

En ce sens qu'il n'était pas nécessaire d'obtenir des lettres de rescision pour se présenter devant le juge.

Car, bien entendu, pas plus pour l'action en nullité que pour l'action en rescision, la partie ne pouvait se faire justice à elle-même!

Et tel n'était évidemment pas le sens de la *contre-partie*, que nous opposons à la maxime ancienne, que : *voies de nullité n'ont pas lieu* pour les actions en rescision.

La maxime donc, en sens contraire, que *voies de nullité ont lieu* pour les actions en nullité, voulait dire seulement, suivant le mot de Lorry, qu'il n'est pas, pour cette classe d'actions, nécessaire d'obtenir du prince des lettres de rescision.

14. — Au reste, ces lettres étaient accordées, dans les Chancelleries, sans connaissance de cause; et, en fait, on en était venu à ne les jamais refuser.

Elles laissaient donc aux juges royaux, auxquels elles étaient adressées, pour statuer sur une action en rescision, le même pouvoir qui leur appartenait pour statuer sur une action en nullité, d'en apprécier le bien ou le

mal fondé, et, en conséquence, de l'admettre ou de la rejeter.

« C'est aux juges à qui elles sont adressées, disait Argou, à examiner si la chose est juste et si elle est véritable. » (*Institut. au Droit français*, II, IV, chap. XIV.)

De sorte que cette nécessité d'obtenir des lettres de rescision ne constituait plus, dans les derniers temps, qu'une pure formalité, qui n'avait d'autre raison d'être que la perception des droits fiscaux, qu'elle produisait.

15. — 3° Très-importante était, au contraire, la différence entre les actions en rescision et les actions en nullité, sous le rapport de la durée de la prescription, à laquelle les unes et les autres étaient soumises.

L'action en rescision se prescrivait par dix ans;

Tandis que l'action en nullité ne se prescrivait, en général, que par trente ans.

16. — Cette prescription spéciale de dix ans, pour l'action en rescision, avait été établie soit par l'article 46 de l'Ordonnance de Louis XII de juin 1510; soit par l'article 30, chapitre VII, de l'Ordonnance de François Ier d'octobre 1535.

Il ne sera pas sans intérêt de reproduire ces importantes dispositions de notre ancien Droit, qui ont servi de base aux dispositions de notre Droit nouveau, et auxquelles nous aurons plus d'une fois à recourir.

L'article 46 de l'Ordonnance de 1510 était ainsi conçu :

« Et afin que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté ès mains des possesseurs d'icelles, et que la preuve des parties ne périsse ou soit rendue difficile par le laps de temps, ès cas ci-après déclarés, nous avons ordonné et ordonnons que toutes rescisions de contrats, distracts, ou d'autres actes quelconques, fondés sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre-moitié du juste prix, se prescriront d'orresnavant, tant dans nos pays

coutumiers que de droit écrit, par le laps de dix ans continuels, à compter du jour que lesdits contracts, distracts ou autres actes auront été faits, et que la cause de crainte, violence ou autre cause légitime empêchant, de droit ou fait, la poursuite desdites rescisions, cessera, nonobstant statuts, coutumes ou usances quelconques à ce contraires, auxquelles, quant à ce, nous avons dérogé et dérogeons de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale... » (Comp. Fontanon, t. I, p. 768.)

L'article 30 du chapitre VII de l'Ordonnance de 1535 reproduisit l'article 46 de l'Ordonnance de 1510, en ces termes :

« Et afin que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté en mains des possesseurs d'icelles, si largement qu'elles ont été ci-devant, et que la preuve des parties ne périsse ou soit rendue difficile par le laps de temps, au cas ci-après déclaré, nous avons ordonné et ordonnons que les rescisions de contracts, cassations, annulations, distracts, ou autres actes quelconques, fondés sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre-moitié du juste prix, ou autre cause raisonnable, n'auront lieu qu'après dix ans, selon les Ordonnances de nos prédécesseurs. » (Comp. Recueil de Néron, t. I, p. 125.)

17. — Mais, au contraire, la règle générale était que les actions en nullité ne se prescrivaient que par trente ans.

Il y avait, toutefois, à cette règle, une exception, qui, malgré son importance, ne faisait elle-même que la confirmer.

L'exception, très-importante en effet, s'appliquait aux actions en nullité, qui étaient fondées sur l'inobservation des formalités spéciales, que les lois françaises avaient établies dans l'intérêt des mineurs, comme, par exemple, les actions fondées sur la lésion, qu'ils auraient éprouvée.

Cette classe d'actions en nullité n'était pas soumise à la prescription générale de trente ans.

Elle était aussi soumise à la prescription spéciale de dix ans, en vertu de l'article 134 de l'Ordonnance de François Ier, du mois d'août 1539, connue sous le nom de l'Ordonnance de Villiers-Cotterêts.

Cet article était ainsi conçu :

« Nous, voulant ôter aucunes difficultés et diversités d'opinions, qui se sont trouvées par ci-devant sur le temps, que se peuvent faire casser les contrats faits par les mineurs, ordonnons que, après l'âge de trente-cinq ans parfaits et accomplis, ne se pourra, pour le regard du privilége ou faveur de minorité, plus déduire ni poursuivre la cassation desdits contrats, en demandant ou en défendant, par lettres de relièvement en restitution, ou autrement, soit par voie de nullité (pour aliénation de biens faite sans décret ni autorisation de justice), ou pour lésion, déception ou circonvention, ainsi que en semblables contrats, sera permis aux majeurs d'en faire poursuite par relièvement ou autres voies permises de droit ». (Comp. Fontanon, t. I, p. 769; Isambert, t. XII, p. 628.)

18. — Telles étaient donc les trois différences qui distinguaient l'action en nullité d'avec l'action en rescision.

La loi des 7-11 septembre 1790, en supprimant les Chancelleries, fit disparaître la seconde, qui était relative à la manière de les introduire.

L'article 20 de cette loi portait, en effet :

« Les Chancelleries établies près les Cours supérieures et les Présidiaux, ensemble l'usage des lettres royaux, qui s'y expédient, demeurent supprimés aux époques respectives fixées par les articles 15 et 17 ci-dessus. »

Et, aux termes de l'article 21 :

« En conséquence, et à compter des mêmes époques, il suffira, dans tous les cas où lesdites lettres étaient ci-

devant nécessaires, de se pourvoir par-devant les juges compétents pour la connaissance immédiate du fond.... »

Nous avons vu que déjà, en fait, les lettres de Chancellerie n'étaient plus que de forme.

La loi, qui en prononçait la suppression, ne changeait donc pas notablement l'état de la législation sur ce point,

Puisque les deux autres différences, les seules vraiment importantes, qui séparaient l'action en nullité de l'action en rescision, n'en continuaient pas moins de subsister.

19. — Nous venons d'exposer historiquement l'ancienne distinction des actions en nullité et des actions en rescision.

Et on a pu reconnaître, en effet, que, au point de vue historique, cette distinction fournit une explication du phénomène, que nous étudions, d'*une action en rescision* jouant le rôle d'*un mode d'extinction des obligations* (*supra*, n° 2).

20. — *b*. Mais, scientifiquement, est-il possible d'en présenter une explication satisfaisante?

Déjà nous avons répondu que l'ancienne distinction ne nous paraissait pas pouvoir la fournir (*supra*, n° 7).

Cette distinction n'était pas, en effet, fondée sur la nature intrinsèque des deux classes d'actions, considérées juridiquement dans leurs éléments constitutifs.

Elle avait uniquement pour cause la diversité de leur origine et la source différente d'où chacune d'elles procédait :

L'action en nullité, des Ordonnances ou des Coutumes;

L'action en rescision, du Droit romain.

C'est ainsi que la convention consentie par suite de dol, d'erreur ou de violence, devait être attaquée par une action en rescision;

Tandis que la convention consentie par un mineur devait être attaquée par une action en nullité.

21. — Ces deux exemples prouvent assez que l'ancienne distinction, historiquement considérée, était étrangère à la distinction technique, par laquelle peut être aussi expliqué ce mode d'extinction des obligations, dont le nom seul étonne tout d'abord : l'*action en nullité ou en rescision !*

C'est cette explication, que nous avons annoncée, qui nous reste maintenant à fournir (*supra*, n° 2).

Une convention, théoriquement considérée, peut être *nulle* ou *annulable*.

Elle est nulle, quand elle manque absolument de l'une des conditions essentielles à sa formation et à son existence.

Elle est annulable, quand toutes ces conditions étant réunies, l'une d'elles pourtant s'y trouve irrégulière ou imparfaite.

Nous avons mentionné déjà cette distinction (comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 41 et 76).

Elle est capitale ! et c'est ici sa vraie place.

Trois différences, des plus importantes, distinguent la convention nulle d'avec la convention annulable.

22. — La convention que nous appelons nulle n'est pas, en réalité, une convention.

En l'absence totale de l'une des conditions, sans lesquelles elle ne pouvait pas se former, elle ne s'est pas, en effet, formée; elle n'existe pas légalement; elle n'est qu'un fait!

Et, pour ce qui la concerne, nous n'avons pas de réponse à l'objection, qui consiste à dire qu'une obligation, qui est nulle, ne peut pas s'éteindre.

Non ! celle-là ne s'éteint pas, précisément parce qu'elle n'existe pas.

D'où il résulte :

1° Que la nullité peut en être opposée par toute personne intéressée;

2° Qu'elle n'est pas susceptible de confirmation ou de ratification;

3° Qu'elle n'est pas non plus susceptible de se couvrir par le laps de temps.

23. — Très-différente est la convention que nous appelons annulable.

Comme les conditions essentielles à sa formation s'y rencontrent, quoique d'une manière irrégulière et imparfaite, elle a pu néanmoins se former; elle existe légalement; et elle continuera d'exister, si elle n'est pas annulée judiciairement.

De sorte que c'est la déclaration judiciaire de la nullité, dont elle est atteinte, qui mettra fin à l'existence, qu'elle avait eue jusque-là; existence précaire, sans doute, et conditionnelle, mais qui n'en constituait pas moins, en cet état, une convention valable.

Par conséquent, voilà bien, pour ce qui la concerne, notre réponse à l'objection qui nous occupe.

Voilà une obligation *valable*, dont nous pouvons dire qu'elle s'*éteint* dans l'*action en nullité*, qui vient l'anéantir;

Et, cette fois, non point en vertu d'une différence purement historique et arbitraire de procédure, mais par le résultat logique et scientifique des éléments constitutifs de cette convention elle-même!

24. — D'où il résulte :

1° Que l'annulabilité ne peut en être proposée que par certaines personnes, c'est-à-dire, par celles-là seulement dans l'intérêt particulier desquelles elle a été établie;

2° Qu'elle est susceptible de confirmation ou de ratification;

3° Qu'elle est susceptible de se couvrir par un certain laps de temps.

25. — Cette distinction des conventions nulles et des conventions annulables est fondamentale.

Elle est puisée dans la nature même des choses et dans les principes essentiels du Droit civil.

Aussi pouvons-nous affirmer qu'elle existe dans notre Code, et qu'elle y a le rôle important, qui lui appartient.

Le législateur aurait dû peut-être, il est vrai, la mettre plus en relief.

Mais elle a été formellement proclamée par les orateurs du gouvernement. (Comp. le rapport de M. Jaubert, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 402.)

Et il ne faut pas hésiter à la reconnaître dans plusieurs de nos articles, et notamment dans l'article 1117 :

« La convention contractée par erreur, violence ou dol, « n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement « lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les « cas et de la manière expliqués à la section VII du « chapitre V du présent titre. »

Ainsi, le législateur distingue, d'une part : la convention qui est *nulle de plein droit* ; et, d'autre part, la convention *qui donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision*.

Cette terminologie sans doute offre elle-même un aspect un peu étrange ; et elle aurait pu être plus claire.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas, disons-nous, hésiter à reconnaître, dans ce texte, la distinction classique, que nous venons présenter :

Les conventions *nulles*, celles que l'article 1117 déclare *nulles de plein droit ;*

Et les conventions *annulables*, celles que cet article déclare sujettes *à une action en nullité ou en rescision.*

Nullité ou *annulabilité*, voilà les deux termes de la distinction qu'il consacre.

26. — Mais le législateur du Code a-t-il aussi consacré l'ancienne distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision ?

Telle est surtout la question qui s'élève dans l'exposi-

tion préliminaire que nous avons entreprise de ce sujet.

Question controversée, mais qui ne nous aurait point paru devoir l'être.

Il est, en effet, suivant nous, manifeste que cette distinction a disparu du droit moderne, et qu'il n'existe plus, dans notre Code, qu'une seule et même action, sous la double dénomination d'action en nullité ou en rescision, pour faire *annuler* ou *rescinder* les conventions annulables, et pour *éteindre* les obligations qui en résultent ;

Une seule action, disons-nous, qui, malgré ses deux noms, désormais synonymes, est, dans tous les cas, soumise aux mêmes règles, quant à sa durée, quant aux fins de non-recevoir, dont elle est susceptible, et quant à ses résultats :

1° Tous nos textes en témoignent !

Déjà, nous venons de voir que l'article 1117, opposant la convention *nulle* à la convention *annulable*, dispose que celle-ci donne seulement lieu *à* UNE *action en nullité* OU *en rescision*, c'est-à-dire à une seule action, qu'il désigne sous cette double appellation.

Cet article d'ailleurs nous renvoie lui-même à la section dans laquelle nous sommes.

Or, que voyons-nous tout d'abord dans cette section ?

Un intitulé, ainsi conçu :

« *De l'action* en nullité ou en rescision des conventions. »

Le législateur ne dit pas :

Des actions en nullité *et* en rescision.

Il dit :

De l'action en nullité ou en rescision.

Et cette formule se retrouve ensuite dans les autres textes, notamment dans le texte fondamental de cette matière :

Article 1304 : « Dans tous les cas où *l'action en nul-*

« *lité ou en rescision* d'une convention n'est pas limitée à « un moindre temps par une loi particulière, *cette action* « dure dix ans. » (Ajout. Art. 1338.)

L'assimilation, ou plutôt la fusion des deux actions en une action unique est donc complète.

Et c'est ainsi que les rédacteurs du Code ont certainement voulu la faire. (Comp. l'*Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 389 et suiv.)

2° C'est que, en effet, la distinction du Droit ancien n'avait plus, dans le Droit nouveau, de raison d'être.

Cette distinction procédait de la différence d'origine de l'une et de l'autre action.

Or, le législateur du Code de 1804 n'avait pas à distinguer entre les sources différentes d'où les dispositions qu'il décrétait pouvaient originairement dériver.

Le législateur de 1804 décrétait un Code de lois, qui devaient toutes, à dater de leur promulgation, procéder d'une même source et d'une autorité commune.

La distinction ancienne devait donc nécessairement s'y anéantir.

Et elle s'y est, en effet, anéantie !

Nous pourrions, au besoin, en trouver aussi la preuve dans ce double nom, que le Code lui a donné, et qui aurait bien toute l'apparence d'une redondance, si l'on ne remontait pas à l'histoire du passé.

C'est que l'explication précisément en est historique.

Le législateur aura pensé sans doute qu'il constaterait ainsi d'autant mieux l'abolition de la distinction ancienne ; de sorte qu'il paraît n'en avoir rappelé le souvenir que pour l'abroger !

Et pourquoi donc, en effet, l'aurait-il maintenue ?

Historiquement, elle manquait désormais de base.

Et juridiquement ?

Tout de même !

Puisque les deux actions sont désormais également des

moyens de faire rescinder ou annuler des conventions *annulables*.

Comment! l'action contre une convention entachée de dol, d'erreur ou de violence, aurait continué de porter le nom romain d'action en rescision !

Et l'action contre une convention passée par un mineur aurait continué de porter le nom français d'action en nullité!

Mais d'une telle différence, il n'y avait plus aucune explication possible!

27. — A s'en tenir au sens apparent et purement grammatical de ces mots : *action en nullité, action en rescision,* on pourrait croire que la première de ces actions est celle par laquelle un acte *nul* peut être attaqué ; tandis que la seconde serait celle par laquelle peut être attaqué un acte *annulable*.

Mais cette distinction manquerait aussi entièrement d'exactitude :

1° Et tout d'abord, elle vient se heurter, en s'y brisant, contre le texte même de la loi !

L'article 1117, en effet, oppose aux conventions *nulles de plein droit* les conventions qui donnent seulement lieu à *une action en nullité ou en rescision* ;

D'où il résulte évidemment que l'action en nullité, tout comme l'action en rescision, est dirigée non pas contre les conventions *nulles,* mais contre les conventions *annulables*.

2° Les principes d'ailleurs ne résistent pas moins que le texte, à une telle distinction.

Une prétendue convention, qui n'a pas pu naître, ne saurait être annulée ; on n'annule pas le néant !

Or, tel est le caractère de la convention nulle ; elle n'est, avons-nous dit, qu'un pur fait, qui n'a pas, en Droit, d'existence légale.

Donc, il n'est besoin, contre un tel fait, d'aucune action, ni en nullité, ni en rescision !

Ce serait une contradiction de reconnaître que la convention est nulle de plein droit, c'est-à-dire qu'elle est légalement inexistante, et qu'il est néanmoins nécessaire de former, contre elle, une action en nullité, pour l'anéantir.

Oh! sans doute, il se pourra, et souvent même il arrivera que cette convention, malgré la nullité de plein droit, dont elle est frappée, offre pourtant une apparence de validité, apparence trompeuse, dit fort bien Demante, qui, de fait, aura suffi pour amener une exécution. (comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 262).

Mais ce ne sera là, en effet, qu'une apparence, qui ne changera rien ni à la forme de procéder, ni au fond du Droit.

Rien à la forme de procéder ! car la partie intéressée n'aura pas à attaquer directement cette prétendue convention pour la faire annuler; elle procédera, pour l'exercice de ses droits, comme si la convention n'avait pas eu lieu; si cette convention lui est opposée, il lui suffira de la repousser, en prouvant la nullité de *non esse,* dont elle est atteinte.

Rien non plus au fond du Droit! car les juges n'auront pas à annuler cette prétendue convention; ils prononceront sur les prétentions respectives des parties, comme si elle n'avait pas eu lieu.

Vous m'avez vendu, pour le prix de 100 000 fr., une chose, qui, au moment de la vente, était périe en totalité.

Vente *nulle,* pour défaut d'objet, d'une nullité de plein droit! (Art. 1601.)

Si je vous ai payé néanmoins les 100 000 fr., est-il nécessaire, pour vous forcer de me les rendre, que je forme contre vous une action en nullité de la vente ?

Pas du tout !

J'exercerai contre vous l'action en répétition du payement de l'indû.

Et si vous m'opposez la prétendue vente, je répondrai

que cette vente sans objet n'a pas eu d'existence, et que, par conséquent, le payement que je vous ai fait est sans cause.

28. — Cette conclusion confirme ce que nous avons dit ailleurs, que la distinction des actions en nullité ou en rescision ne représente plus aujourd'hui qu'une vaine question de mots, pour le perpétuel tourment de ceux qui persistent à y chercher encore une différence dans les choses. (Comp. notre *Traité de la Minorité; de la Tutelle*, etc., t. I, n° 814.)

Telle est toujours notre doctrine.

Et nous allons en démontrer, de plus en plus, l'exactitude, en signalant les deux distinctions différentes, que d'éminents jurisconsultes ont entrepris de découvrir encore, sous l'empire Code, entre l'action en nullité et l'action en rescision;

Deux distinctions, suivant nous, également divinatoires et inexactes!

29. — La première a été présentée par Toullier.

D'après le savant auteur :

« .... La loi reconnaît deux espèces de nullités : l'une, *de plein droit;* l'autre, par *voie d'action, ou par le ministère du juge.*

« La nullité de droit ou de plein droit est prononcée par la loi dans le cas d'un vice extrinsèque et apparent, dont la visibilité empêche le contrat de se former, parce que la loi s'y oppose d'avance. Par exemple, si la personne, qui a contracté, en était déclarée incapable par la loi, comme les mineurs, les interdits, les femmes mariées, les morts civilement; par exemple encore si l'on n'a point observé, dans l'acte, une formalité prescrite par la loi, sous peine de nullité.

« Au contraire, si le contrat renferme un vice intrinsèque et caché, si, par exemple, il a été extorqué par erreur, violence ou dol, il est essentiellement et radicalement nul; car il n'y a point eu de consentement valable.

Mais cette nullité, quoique radicale, n'est pas visible; elle ne peut être aperçue qu'après une instruction souvent longue et difficile, qui peut seule mettre à découvert le vice latent, qui a empêché la convention de se former. Jusqu'à ce que ce vice soit découvert, il existe au moins l'apparence d'un contrat; et cette apparence a l'effet de la réalité, tant qu'elle n'est pas détruite par un jugement rendu en connaissance de cause, qui déclare que le contrat est réellement nul, et qui remet les parties au même état où elles étaient auparavant; voilà ce qu'on appelle *rescision* ou *restitution.* »

Et de la distinction ainsi faite, Toullier déduit ces trois différences entre l'action en nullité et l'action en rescision :

1° S'agit-il d'une action en nullité ?

Le demandeur n'a rien à prouver; il lui suffit de représenter l'acte, dans lequel cette nullité est visible; comme, par exemple, l'acte de naissance du mineur, l'acte de célébration de mariage de la femme, qui a contracté sans autorisation ; et le juge doit, à la seule inspection de l'acte, prononcer la nullité.

S'agit-il, au contraire, d'une action en rescision?

Le demandeur doit fournir la preuve de la nullité, qui n'est pas visible; et le juge ne peut la prononcer qu'après que cette preuve a été fournie.

2° Si la nullité est de plein droit, c'est-à-dire visible, apparente, le juge ne peut pas ne pas la prononcer.

Au contraire, si la nullité est cachée, invisible, c'est au juge qu'il appartient de la reconnaître et de la prononcer; et il a, en conséquence, à cet effet, toute sa liberté d'appréciation.

3° Enfin, l'exécution provisoire de la convention est impossible, s'il s'agit d'une action en nullité;

Tandis qu'elle est possible, s'il s'agit d'une action en rescision. (T. IV, nos 521 à 528.)

30. — Exposer une distinction pareille, c'est la réfuter!

« *Elle est inutile,* » dit l'éminent annotateur de Toullier (M. Duvergier, *h. l.*, n° 521, note *a*).

Ce n'est pas assez dire!

1° Elle a, d'abord, le danger de changer, de tous points, la terminologie universellement reçue, et de jeter ainsi, dans ce sujet déjà si compliqué, une cause nouvelle de confusion.

Non! jamais on n'a entendu, de cette manière, la différence, qui peut être faite entre les nullités et les rescisions, entre les actions en nullité et les actions en rescision.

Ceci est tout à fait insolite!

2° Cette distinction d'ailleurs, que Toullier pourtant prétend fonder sur l'article 1117, est absolument contraire à ce texte même, qui oppose *la convention nulle de plein droit à la convention qui donne seulement lieu à une action en nullité ou rescision,* et qui consacre ainsi la complète assimilation de l'action en nullité et de l'action en rescision; lesquelles ne font, désormais, qu'une seule action pour faire tomber les conventions annulables.

3° Comment! la distinction, en Droit, dépendrait de cette circonstance de fait, que le vice de la convention serait visible ou invisible, apparent ou caché!

Mais c'est évidemment là un *criterium* trompeur et inadmissible!

Combien de fois une nullité de droit, l'une de celles dont Toullier proclame le plus haut la *visibilité,* est-elle, au contraire, d'une *invisibilité* complète!

Assurément oui, il y a des nullités, et des plus radicales, non-seulement de fond, mais même aussi de forme, qui ne se peuvent découvrir qu'*après une instruction approfondie,* comme dit l'auteur.

Mais alors, que devient sa distinction?

4° Qui ne voit enfin toutes les contradictions, dans lesquelles elle est entraînée, et qu'elle se place absolu-

ment en dehors de la théorie fondamentale de notre Code, en cette matière?

D'après la théorie de notre Code, les conventions passées par un mineur, par une femme mariée sans autorisation, les conventions qui sont entachées des vices de dol, d'erreur ou de violence, toutes ces conventions donnent seulement lieu à une action en nullité ou en rescision (art. 1115, 1117, 1125, 1304, 1338);

C'est-à-dire qu'elles sont, sous ce rapport, soumises aux mêmes règles.

Tandis que, d'après la théorie de Toullier, la différence serait profonde entre les unes et les autres.

Ce serait *une action en nullité,* si la personne, qui a contracté, en était déclarée incapable par la loi, comme les mineurs, les interdits, les femmes mariées;

Et ce serait *une action en rescision,* pour les vices *radicaux,* dit-il, des conventions, la violence, l'erreur ou le dol!

On voit si nous avions raison d'annoncer que cette distinction, tout à fait divinatoire, est le complet renversement des principes les plus élémentaires de notre Droit civil moderne! (Comp. Merlin, *Quest. de Droit,* t. VIII, v° *Nullité,* § 1.)

31. — Voici maintenant la seconde distinction, que nous avons à combattre (*supra,* n° 28).

Les promoteurs de cette distinction reconnaissent d'abord que l'action en nullité, pas plus que l'action en rescision, n'est dirigée contre les conventions *nulles;* et ils admettent que l'une et l'autre action est dirigée contre les conventions *annulables.*

Ce qu'ils prétendent, c'est qu'il faut distinguer entre les conventions annulables, pour appliquer aux unes l'action en nullité, et aux autres l'action en rescision.

L'annulabilité provient-elle d'une cause quelconque, autre que la lésion?

C'est le cas de l'action en nullité.

L'annulabilité provient-elle de la lésion?

C'est le cas de l'action en rescision.

Les éminents jurisconsultes, qui professent cette thèse, ont entrepris de la fonder d'abord sur les textes mêmes, et ensuite sur les principes :

1° On trouve, disent-ils, dans le Code, diverses dispositions, qui opposent l'action en nullité à l'action en rescision, l'acte annulable à l'acte seulement rescindable, et qui supposent ainsi qu'il existe encore aujourd'hui quelque différence entre la nullité et la rescision (comp. art. 1304 et 1311).

Lorsqu'il s'agit, en effet, de l'action par laquelle on demande à revenir contre un consentement entaché d'erreur, de violence ou de dol, le Code emploie indifféremment les termes : *nullité*, *rescision* ou *restitution* (comp. art. 887, premier alinéa; 892, 1110, 1111, 1113, 1115, 1117).

Tandis que, au contraire, lorsqu'il s'agit de la demande en rétractation dirigée contre une obligation entachée de lésion, il se sert uniquement des termes : *rescision, restitution, restituer*, sans jamais employer le mot : *nullité* (comp. art. 887, deuxième alinéa; 1305, 1306, 1313, 1674).

D'où l'on est amené à conclure, suivant eux, que le Code a entendu distinguer les actions en nullité et les actions en rescision exclusivement fondées sur la lésion.

2° Ils ajoutent que cette distinction, qui se révèle dans les textes, est aussi conforme aux principes du droit.

Qu'est-ce que l'action en nullité?

C'est la voie juridique, par laquelle on demande l'anéantissement d'une obligation, qui ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité, c'est-à-dire toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle.

Qu'est-ce, au contraire, que l'action en rescision?

C'est la voie juridique, par laquelle on demande la rétractation d'une obligation, d'ailleurs valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion.

Voilà, scientifiquement, la différence!

L'action en nullité s'attaque à une convention, qui est annulable, par un vice inhérent à sa nature, par un vice intrinsèque, d'où il résulte qu'elle ne réunissait pas, au moment ou elle a dû se former, toutes les conditions que la loi exigeait pour sa validité.

Très différente est l'action en rescision, qui s'attaque, elle, au contraire, à une convention VALABLE EN ELLE-MÊME, parce qu'elle réunit toutes les conditions, que la loi exige pour sa validité, et qui n'est annulable qu'en raison de la conséquence qui en résulte, c'est-à-dire par suite de la lésion qu'elle produit, au détriment de l'un des contractants.

La première, en un mot, suppose une convention *nulle;* et c'est pourquoi elle donne lieu *à une action en nullité.*

La seconde suppose une convention *valable;* et c'est pourquoi elle donne seulement lieu *à une action en rescision.* (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 246-249; Massé et Vergé, t. III, p. 468; Duranton, t. XII, n° 525; Dalloz, Rec. alphab., v° *Obligations,* n° 2859.)

32. — De cette distinction résultent encore aujourd'hui, dit-on, quatre différences importantes entre l'action en nullité et l'action en rescision :

I. L'action en nullité est indépendante de toute lésion.

Celui qui la forme est seulement tenu de prouver l'absence de l'une ou de l'autre des conditions requises par la loi pour la validité de la convention; cette preuve une fois faite, son action doit être accueillie, quoiqu'il n'ait éprouvé aucune lésion.

Il en est ainsi, dans le cas même où la nullité de l'obligation repose sur une présomption de lésion.

En aucun cas, on ne saurait repousser une action en nullité par une fin de non-recevoir déduite du défaut d'intérêt.

C'est que la loi, en ouvrant contre la convention une action en nullité, établit, par cela même, une présomption *juris de jure* que l'absence de l'une des conditions, qu'elle exigeait pour sa validité, donne à la partie un intérêt suffisant pour agir.

Or, aux termes de l'article 1352 :

« Nulle preuve n'est admise contre la présomption de « la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, « *elle annule certains actes,* ou denie l'action en justice, « à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire.... »

Donc, le juge doit prononcer la nullité de la convention, qui est attaquée par une action en nullité dûment justifiée, sans pouvoir s'y refuser, sous le prétexte que celui qui demande l'annulation de la convention n'a éprouvé aucune lésion. (Comp. Cass. 25 mars 1861, Marchois, Dev. 1861, I, 673 ; Merlin, Rép., v° *Mineur,* § III, n° 6 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV p. 248.)

33. — Au contraire, l'action en rescision est fondée sur la lésion.

D'où il suit que celui qui la forme doit prouver :

1° En Droit, qu'il se trouve dans l'un des cas où la loi, par exception, admet la rescision d'une convention pour cause de lésion ;

2° En fait, qu'il a éprouvé l'espèce de lésion qu'elle exige.

Et, bien entendu, c'est au juge qu'il appartient de vérifier aussi, en fait, l'existence de la lésion alléguée, et si elle offre, en Droit, le caractère que la loi exige.

34. — II. L'action en nullité et l'action en rescision diffèrent encore en ce que la première ne pourrait être arrêtée par l'offre d'une indemnité suffisante pour faire disparaître la lésion que le demandeur a pu éprouver.

Cela est d'évidence! puisque l'action en nullité est indépendante de toute lésion.

Mais précisément, au contraire, l'action en rescision n'étant fondée que sur la lésion, peut être arrêtée par l'offre du défendeur de faire disparaître tout préjudice, en désintéressant le demandeur par une indemnité suffisante à cet effet.

La faculté de faire une pareille offre est accordée par deux textes formels : l'un, en matière de partage; l'autre, en matière de vente.

« Article 891 : Le défendeur à la demande en rescision (pour cause de lésion) peut en arrêter le cours, en offrant et en fournissant au défendeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature. »

« Article 1681 : Dans le cas où l'action en rescision (pour cause de lésion) est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose, en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds, en payant le juste du prix, sous la déduction du dixième du prix total.

« Le tiers-possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur. »

35. — Ces deux dispositions sont-elles spéciales à l'action en rescision, pour cause de lésion, du partage et de la vente d'un immeuble?

Pourquoi en serait-il ainsi?

Il n'y en aurait pas, dit-on, de motif! et au contraire, la logique scientifique exige que toute action en rescision pour cause de lésion, quelle qu'en soit l'application, puisse être arrêtée par l'offre d'une indemnité suffisante pour faire disparaître la lésion.

L'action n'a plus, alors, en effet, de cause; et c'est bien en ce cas qu'on doit dire : sans intérêt, point d'action.

Un mineur forme une demande en rescision pour cause de lésion contre un bail par lui consenti, ou contre un traité passé par lui avec un entrepreneur.

Et voici que le défendeur lui offre une indemnité ou une bonification suffisante pour faire diparaître la lésion.

L'action du mineur doit être arrêtée.

Car elle n'avait pour cause que la lésion, aux termes de l'article 1305.

Or, il n'y a plus de lésion.

Donc, il n'y a plus d'action! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 249; Duranton, t. XII, n° 526; De Freminville, *De la Minorité*, t. II, n° 825.)

Nous devons dire, toutefois, que M. Larombière n'accepte pas cette conséquence. (T. IV, art. 1305, n° 20.)

36. — III. Avez-vous formé, en première instance, une action en nullité contre une convention?

Vous ne pouvez pas, en appel, la convertir en une action en rescision.

Et, réciproquement, si vous avez formé, en première instance, une action en rescision contre une convention, vous ne pouvez pas, en appel, la convertir en une action en nullité.

J'ai demandé, devant le tribunal, la nullité d'un partage pour cause de violence.

Je ne puis pas, devant la Cour, en demander la rescision pour cause de lésion; et *vice versa*.

C'est la troisième différence, que les partisans de la théorie, que nous exposons, déduisent de leur distinction entre l'action en nullité et l'action en rescision. (Comp. Cass. 5 novembre 1807, Sirey, 1808, I, 195; Merlin, Répert., v. *Nullité*, § 9; Toullier, t. IV, n° 530; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 248. Larombière, t. III, art. 1304, in-8.)

37. — IV. Voici la quatrième et la dernière.

Il en résulte encore, disent-ils, qu'un jugement, qui a rejeté une action en nullité contre une convention, ne peut être invoqué comme engendrant l'exception de chose jugée contre une action en rescision pour cause de lésion

formée ensuite contre cette convention. (Comp. Chambéry, 31 août 1861, Pollingue, Dev. 1862, II, 298; Toullier, t. X, n° 167; Marcadé, art. 1351, n° 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 248, et t. VI, p. 500.)

38. — Telle est cette seconde distinction, avec sa prémisse et ses conséquences.

Notre avis est qu'elle n'est pas plus admissible que la première.

Et nous espérons pouvoir démontrer que la double base des textes et des principes, sur laquelle on a entrepris de la fonder, lui fait également défaut :

1° Mais, d'abord, nous lui adressons le même reproche, que nous venons d'adresser à la distinction de Toullier (*supra*, n° 30.)

C'est qu'elle est entièrement nouvelle, et qu'elle ne correspond, en aucune manière, historiquement, à l'ancienne distinction.

MM. Aubry et Rau le reconnaissent :

« La distinction établie, disent-ils, par le Code, entre l'action en nullité et l'action en rescision, n'est pas la reproduction de celle que l'ancien Droit avait consacrée. » (T. IV, p. 247.)

Assurément non !

Car celle que les savants auteurs proposent en est le renversement complet !

Or, c'est là déjà, contre elle, une objection des plus graves.

Comment supposer, en effet, que les rédacteurs du Code aient conservé l'ancienne terminologie, pour l'appliquer à une distinction toute nouvelle, qui n'avait pas de précédent dans les législations antérieures ;

Et cela, sans s'expliquer, sans annoncer l'intention qu'ils auraient eue de changer, de fond en comble, la signification des anciens mots !

Aussi n'ont-ils fait, croyons-nous, rien de semblable.

2° Tous les textes, qu'ils ont décrétés, en témoignent.

Nous n'avons pas à reproduire la démonstration, par laquelle nous espérons avoir établi que le Code a fondu les deux actions en une seule, et que, par conséquent, il n'a pas pu établir de distinction entre l'action en nullité et l'action en rescision, puisqu'il n'a plus fait, de l'une et de l'autre, qu'une action unique (*supra*, n° 26).

Il est vrai que cette action, lorsqu'elle a pour cause la lésion, semble plus spécialement nommée action en rescision; et c'est là, en effet, l'argument principal, sur lequel les partisans de cette distinction s'appuient; leur grande raison de décider, c'est que, dans les cas où le Code s'occupe *de la demande en rétractation*, disent-ils, dirigée contre une obligation entachée de lésion, il se sert uniquement des termes RESCISION, RESTITUTION, RESTITUER, sans jamais employer le mot *nullité* (art. 887, 1305, 1306, 1313, 1674).

Mais combien une telle raison est peu décisive! et que la distinction, qui repose sur ce fondement, doit sembler fragile!

Pour que cet argument eût quelque portée, au moins faudrait-il que la réciproque fût vraie, c'est-à-dire que le Code, qui appelle toujours exclusivement *action en rescision* l'action fondée sur la lésion, eût aussi appelé toujours exclusivement *action en nullité* l'action fondée sur une cause quelconque autre que la lésion.

Or, précisément, il n'en est rien!

Et, dans la plupart des articles, le Code applique indifféremment les mots : *action en nullité ou en rescision* à des actions fondées sur l'erreur, la violence, ou le dol (comp. art. 887, 892, 1117, 1304, 1338).

Ainsi, aux termes de l'article 887 :

« Les partages peuvent être *rescindés* pour cause de violence ou de dol.

« *Il peut aussi y avoir lieu à rescision*, lorsque l'un des

cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart.... »

La synonymie est, comme on voit, absolue!

Aussi, qu'est-il arrivé?

C'est que les savants auteurs qui ne veulent pas l'admettre en sont venus à changer le texte même de la loi, pour l'accommoder à leur théorie.

« Un partage peut être *attaqué par voie de nullité* pour cause de violence ou de dol, » disent MM. Aubry et Rau.

Et, en note, ils ajoutent:

« L'article 887 dit bien : « *Les partages peuvent être* « *rescindés pour cause de violence ou de dol;* mais, d'après « la terminologie, que nous avons adoptée, l'action ou- « verte pour demander la rétractation d'un acte entaché « de violence ou de dol est une action en nullité, et non « une action en rescision. » (T. V, p. 276.)

Or, le texte même de la loi ne saurait être changé.

Et quand nous voyons qu'une théorie, pour se justifier, en est réduite à cette extrémité, c'est, à notre avis, une preuve certaine qu'elle n'est pas celle de la loi!

Que le Code ait plus spécialement qualifié d'action en rescision l'action formée contre une convention pour cause de lésion, nous le reconnaissons.

Mais, au point où nous en sommes, il nous paraît démontré qu'il n'y a rien à en conclure, et qu'il n'en résulte, quant au fond, aucune différence entre l'action en rescision pour cause de lésion, et l'action en nullité ou en rescision pour toute autre cause d'annulabilité,

L'action en rescision n'étant évidemment, dans le système du Code, qu'une espèce du genre, et une application particulière de l'action générale en nullité ou en rescision.

Voilà pour les textes.

3° Voici maintenant pour les principes.

En principe, dit-on, l'action en nullité et l'action en

rescision diffèrent *sous le rapport du fondement sur lequel elles reposent.*

L'action en nullité est fondée sur ce que l'obligation attaquée ne réunit pas toutes les conditions nécessaires à sa validité.

L'action en rescision est fondée sur la lésion. (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 248).

D'où il résulte, par contraste, que, d'après les éminents auteurs, l'action en rescision est formée contre une convention, *qui réunit toutes les conditions nécessaires à sa validité.*

La cause de la rescision, disent-ils, n'est pas inhérente à sa nature, et aux conditions dans lesquelles elle s'est formée.

Elle n'a trait qu'à sa conséquence dommageable, à son effet lésionnaire.

Telle est, en effet, la théorie qui se trouve formellement exprimée dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 novembre 1807, que nous avons cité plus haut (n° 37; ajout. Agen, 29 déc. 1812, et Montpellier, 22 mars 1813, D. Rec. alph., v° *Demande nouvelle*, p. 790).

Mais nous protestons absolument contre cette prétendue différence.

Comment! une convention, qui réunirait toutes les conditions nécessaires à sa validité, pourrait être attaquée par une action en rescision, c'est-à-dire par une action, qui tend, il faut bien le reconnaître, dans tous les systèmes, à l'annulation rétroactive, à la RÉTRACTATION, comme on dit, de cette convention!

Cela est bien impossible!

Oh! sans doute, la *résolution* d'une convention procède d'une cause postérieure à la convention elle-même.

Mais il ne faut pas confondre la rescision avec la résolution.

Non! la rescision, qu'elle qu'elle soit, ne peut proceder que d'une cause contemporaine de la convention,

inhérente à sa nature, et aux conditions de son existence juridique.

Et, notamment pour la lésion, l'article 1306 dispose qu'elle n'est pas une cause de rescision, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.

Il faut donc qu'elle se trouve dans la convention elle-même, dans les conditions mêmes de sa formation et de son existence!

Et cela est très-logique.

La lésion! mais elle n'est admise, en effet, dans certains cas, comme une cause de rescision, que parce qu'elle révèle, aux yeux du législateur, un consentement vicié.

Erreur dans l'évaluation de la chose, qui fait l'objet de la convention ; — violence morale, résultant du besoin d'argent et de la détresse de l'une des parties; — dol même aussi très-souvent de la part de l'autre partie; voilà les éléments complexes, constitutifs de la lésion; il y entre, pourrions-nous dire, un peu de tout cela, sans qu'aucun de ces vices soit séparément assez caractérisé pour ouvrir, par lui-même, une action en rescision de la convention; et c'est ce *composé*, qui forme le vice spécial du consentement, qui a reçu le nom de lésion.

C'est donc aussi un vice du consentement, inhérent aux conditions constitutives de la convention, comme l'erreur, la violence ou le dol!

Seulement, c'est un vice *sui generis*, que le législateur, qui ne l'admet qu'exceptionnellement, a permis aussi d'effacer, après coup, dans certains cas, qu'il a déterminés, par une réparation pécuniaire.

Mais ces dispositions spéciales n'empêchent pas que la lésion, considérée en principe, dans son origine et dans sa cause, ne soit elle-même un vice intrinsèque et viscéral de la convention.

C'est bien aussi ce que l'article 1117 déclare expressément :

« La lésion *ne vicie les conventions* que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes..... »

Il est vrai !

Mais ce qui en résulte aussi, c'est que, dans ces contrats et à l'égard de ces personnes, la lésion *vicie les conventions !*

Et voilà bien comment M. Tronchet disait que « *la lésion infecte la vente d'un vice, qui en attaque la substance.* » (*Discussion au Conseil d'État,* Fenet, t. XIV, p. 61.)

Concluons donc que la distinction proposée est tout à la fois contraire aux textes et aux principes (comp. Troplong, *De la Vente,* t. II, n° 687).

39. — Après avoir repoussé la prémisse, nous repoussons aussi, bien entendu, les quatre conséquences, qui en ont été déduites.

Et toutefois, nous voulons remarquer d'abord que ces conséquences ne sont pas toutes nécessairement liées à la théorie, d'où on prétend les faire dériver.

La preuve en est que, parmi les jurisconsultes, qui admettent la théorie, quelques-uns n'admettent pas toutes ces conséquences (comp. Duranton, t. XII, n° 526; Larombière, t. III, art. 1305, n° 20).

Quoi qu'il en soit, pour notre part, nous croyons devoir désavouer les quatre conséquences, en tant qu'on les présente, comme dérivant de la distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision, que nous venons de combattre.

40. — I. Ces deux actions, dit-on, diffèrent sous le rapport de la preuve, que doit administrer celui qui les intente (*supra,* n° 32).

Sans doute !

Celui qui intente une action en nullité ou en rescision fondée sur le dol doit prouver le dol qu'il affirme.

Et celui qui intente une action en rescision fondée sur la lésion doit prouver la lésion.

Mais, évidemment, ce n'est point là, entre l'une et

l'autre action, une différence caractéristique, et qui témoigne que leur nature juridique soit différente!

Ce qui en résulte seulement, c'est que la cause de l'une et de l'autre action, dans les deux cas proposés, n'est pas même.

Mais les conclusions seront-elles les mêmes?

Le résultat judiciaire, si les conclusions sont admises, sera-t-il le même?

Assurément oui!

Le résultat sera, dans l'un comme dans l'autre cas, l'annulation de ces deux conventions annulables.

Celui qui intente une action en nullité pour cause d'erreur doit prouver l'erreur.

Et celui qui intente une action en nullité pour cause de violence doit prouver la violence.

En conclura-t-on que l'action en nullité pour cause d'erreur est différente de l'action en nullité pour cause de violence?

Apparemment, non!

Or, pourtant, l'hypothèse est la même.

Et si celui qui intente une action en rescision pour cause de lésion doit prouver la lésion, c'est uniquement par cette raison toute simple, que le demandeur doit prouver le fondement de son action;

Raison très-simple, en effet, qui n'implique pas plus que l'action en rescision pour cause de lésion diffère de l'action en rescision pour cause d'erreur, qu'elle n'implique que l'action en rescision pour cause d'erreur diffère de l'action en rescision pour cause de violence!

41. — II. Encore moins, admettons-nous la seconde différence, d'où il résulterait que l'action en rescision pour cause de lésion, à la différence de l'action en rescision pour toute autre cause, pourrait être, dans tous les cas, arrêtée par l'offre d'une indemnité pécuniaire suffisante pour faire disparaître la lésion (*supra*, n° 34).

De ce que le législateur a permis d'arrêter l'action en

rescision pour cause de lésion par une pareille offre, dans les deux cas prévus par l'article 887, en matière de partage, et par l'article 1681, en matière de vente, on conclut qu'il en a fait une règle générale, qui doit être appliquée à toute action en rescision fondée sur la lésion.

Et, notamment, on l'applique à l'action en rescision pour cause de lésion d'une convention passée par un mineur.

Nous protestons aussi contre une telle conséquence :

1° Elle est d'abord, suivant nous, contraire aux textes mêmes de la loi.

Aux termes de l'article 1305 :

« La simple lésion donne lieu à la rescision, en faveur « du mineur non émancipé, contre toutes sortes de con- « ventions ; et, en faveur du mineur émancipé, contre « toutes conventions, qui excèdent les bornes de sa capa- « cité.... »

Ainsi, le mineur, qui a éprouvé une lésion dans une convention, a, contre cette convention, *une action en rescision.*

C'est à la rescision qu'il peut et qu'il doit conclure.

Et c'est aussi la rescision, que le juge doit prononcer, lorsque la lésion est reconnue.

Telle est la règle, que l'article 1305 consacre, et qui se trouve aussi consacrée par tous les autres articles de cette section (1306, 1307, 1308, 1309, etc.);

La règle donc, qui devra être nécessairement appliquée, à moins qu'un autre texte de la loi n'y déroge, et n'autorise le juge à ne pas prononcer la rescision demandée par le mineur, dans le cas où le défendeur lui offrirait une indemnité suffisante pour faire disparaître la lésion;

Or, aucun texte n'apporte une exception pareille, en ce qui concerne les mineurs, à la règle posée par l'article 1305;

Donc, le juge ne pourrait pas, sans violer formellement le texte même de l'article 1305, ne pas prononcer la rescision et condamner le mineur à recevoir seulement une indemnité.

Ce syllogisme nous paraît tranchant.

Et il acquiert encore une force nouvelle, quand on rapproche du texte de l'article 1305, relatif à la lésion des mineurs, le texte de l'article 1313, relatif à la lésion des majeurs :

« Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion « que dans le cas et sous les conditions exprimés par le « présent Code. » (Ajout. art. 1118.)

Quelle différence entre les deux rédactions !

L'une est absolue ;

L'autre est soumise à des conditions et à des réserves, qui précisément se rapportent aux dispositions exceptionnelles des articles 887 et 1681.

Or, il est évidemment impossible de fondre ensemble deux textes aussi différemment construits, pour les appliquer tous les deux de la même manière !

2° Les principes, d'ailleurs, sont d'accord avec les textes, pour justifier cette différence entre la lésion des mineurs et la lésion des majeurs.

« On ne voit pas pourquoi, s'écrie Duranton, la disposition des articles 891 et 1681 ne serait pas également admise, dans le cas où un mineur se pourvoit en rescision pour simple lésion, en vertu de l'article 1305. » (T. XII, n° 526.)

Mais il y en a, au contraire, suivant nous, une explication très-satisfaisante.

Quant aux majeurs, c'est la capacité de contracter, qui est la règle ! (art. 488, 1123).

Le législateur ne les a admis que par exception, dans deux cas seulement, à demander la rescision de leurs conventions pour cause de lésion (art. 1313).

Et on comprend bien qu'il ait décidé que la lésion,

qui est dans ces deux cas la seule cause de la rescision, pourrait être réparée par l'offre d'une indemnité suffisante.

Cette offre étant faite, l'exception disparaît; et c'est la règle qui reprend son empire, la règle qui est, dans la personne du majeur, la capacité de contracter.

Mais il en est tout autrement, quant aux mineurs!

La règle alors, c'est l'incapacité de contracter! (art. 388, 1125).

Le législateur, il est vrai, a admis, par exception, que le contrat passé par un mineur pourrait ne pas être annulé ou rescindé, lorsque le mineur n'en a pas éprouvé de lésion.

Mais aussi, lorsqu'il a éprouvé une lésion, l'exception disparaît; et c'est la règle aussi, dans ce cas, qui reprend son empire, la règle qui est, dans la personne du mineur, l'incapacité de contracter!

Ces deux propositions, en sens inverse, nous paraissent également logiques et équitables.

42. — III. Peut-on, en cause d'appel, transformer une demande en nullité en une demande en rescision; ou réciproquement, transformer une demande en rescision en une demande en nullité?

Non! répondent les partisans de la doctrine que nous combattons.

C'est la troisième différence, qu'ils font dériver de leur distinction (*supra*, n° 36).

Mais c'est affirmativement, suivant nous, qu'il faut répondre, parce qu'il n'y a pas ici deux causes différentes de demande, mais seulement deux moyens différents d'une seule et même demande (art. 464, Code de procéd.; comp. Troplong, *De la Vente*, t. II, n° 688).

43. — IV. La quatrième différence enfin, que l'on déduit de la distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision, c'est que la partie qui a succombé

dans une demande en nullité d'une convention peut, sans violer l'autorité de la chose jugée, intenter, contre cette même convention, une action en rescision, ou réciproquement (*supra*, n° 37).

Le moment n'est pas veuu de traiter des conditions, sous lesquelles a lieu l'autorité de la chose jugée.

Mais ce que nous pouvons dès à présent affirmer, c'est que, pour notre part, nous ne chercherons pas à résoudre les graves difficultés, qu'elle soulève, au moyen d'une distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision;

Par la raison toute simple que cette distinction n'existe plus aujourd'hui dans nos lois.

44. —L'exposition préliminaire, historique et philosophique, que nous venons de présenter, était, croyons-nous, indispensable, au début d'une matière sur laquelle les traditions anciennes ont jeté, en même temps que de grandes clartés, des obscurités, hélas! peut-être encore plus grandes.

Il était nécessaire de constater l'ancienne doctrine, d'en montrer l'origine, les vicissitudes et la chute, afin de mieux comprendre la doctrine nouvelle et la nouvelle signification des mots, qui s'est, en effet, transformée dans ce passage du Droit ancien au Droit moderne.

45. — Arrivons donc maintenant à l'exposition de notre Droit moderne.

Nous avons, sur ce sujet, à examiner les trois points suivants :

I. Dans quels cas et pour quelles causes il y a lieu à l'action en nullité ou en rescision;

II. Quelle est la durée de cette action; — et quel est le point de départ de cette durée;

III. Quels sont les effets de la nullité ou de la rescision.

I

Dans quels cas et pour quelles causes il y a lieu a l'action en nullité ou en rescision.

SOMMAIRE.

46. — Texte de l'article 1304. — Observation.
47. — Division.

46. — Voici les termes de l'article 1304, qui forme la base de cette matière :

« Dans tous les cas où l'action en nullité ou en resci-
« sion d'une convention n'est pas limitée à un moindre
« temps par une loi particulière, cette action dure dix
« ans.

« Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du
« jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du
« jour où ils ont été découverts ; et, pour les actes passés
« par les femmes mariées non autorisées, du jour de la
« dissolution du mariage.

« Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les
« interdits, que du jour où l'interdiction est levée ; et, à
« l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la
« majorité. »

Le principal intérêt de la thèse que nous abordons consiste, comme on voit, dans l'abréviation de la durée ordinaire de la prescription.

Tandis que, d'après l'article 2262, toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans ;

Les actions en nullité ou en rescision sont, au contraire, prescrites par dix ans.

Cette différence est considérable.

Et elle donne une gravité particulière à ce premier point, qui va être l'objet de notre étude ; à savoir : dans quels cas il y a lieu à l'action en nullité ou en rescision.

47. — Or, de l'article 1304, il nous paraît résulter que trois conditions sont nécessaires pour qu'il soit applicable.

Il faut :

A. — Que l'action soit formée contre une convention;

B. — Qu'elle soit formée par l'une des parties contre l'autre;

C. — Qu'elle soit fondée sur un moyen de nullité ou de rescision.

A

Pour que l'article 1304 soit applicable, il faut que l'action soit formée contre une convention.

SOMMAIRE.

48. — Quel est le sens du mot : convention, dans l'article 1304?
49. — L'article 1304 est applicable seulement aux conventions annulables, et non pas aux conventions nulles.
50. — Suite.
51. — Suite. — Les conventions, qui sont susceptibles de confirmation ou de ratification, sont-elles aussi, par cela même, nécessairement soumises à la prescription spéciale de dix ans, établie par l'article 1304?
52. — Dans quels cas une convention est-elle nulle? — Et dans quels cas, annulable?
53. — Suite.
54. — Suite.
55. — Suite.
56. — Suite.
57. — Suite.
58. — Suite.
59. — Suite.
60. — Suite.
61. — Suite.
62. — L'application de l'article 1304 peut-elle être étendue aux actions en nullité, qui concernent l'état des personnes; notamment à celles qui sont relatives au mariage; — à la reconnaissance d'un enfant naturel; — à l'adoption? — Renvoi.
63. — L'article 1304, qui n'est jamais applicable aux conventions nulles, est-il réciproquement toujours applicable aux conventions annulables?
64. — Suite.
65. — Suite.
66. — L'action en nullité contre une convention entachée d'un vice d'ordre public est-elle soumise à l'application de l'article 1304?

67. — Suite.
68. — Suite.
69. — Suite.
70. — Suite.
71. — L'action en nullité contre une convention, qui est entachée d'un vice de forme, est-elle soumise à l'application de l'article 1304?
72. — Suite.
73. — Suite.
74. — Suite.
75. — Suite.
76. — Suite.
77. — Les actions en nullité ou en rescision contre les conventions, que l'article 1304 prévoit principalement, sont celles qui dérivent :
I des vices du consentement;
II de l'incapacité;
III de la lésion.
78. — I. — Des vices du consentement. — Renvoi.
79. — Suite.
79 *bis*. — Suite.
80. — II. — De l'incapacité de contracter. — Renvoi.
81. — Suite.
82. — Suite.
83. — Suite.
84. — III. — De la lésion. — Renvoi.
85. — De la lésion, relativement aux majeurs.
86. — De la lésion, relativement aux mineurs.
87. — Suite.
88. — *a*. Des actes passés par le tuteur.
89. — Le mineur, devenu majeur, doit-il exercer, dans les dix ans, à compter de sa majorité, l'action en nullité qui lui appartient, contre l'acte passé par son tuteur, sans les formalités requises? — Ou a-t-il, au contraire, un délai de trente ans?
90. — Suite.
91. — Suite.
92. — Suite.
93. — *b*. Des actes passés par le mineur.
94. — Suite.
95. — Suite.
96. — Suite.
97. — *c*. Des actes passés par le mineur et par le tuteur ensemble.
98. — Suite.
99. — C'est au mineur, qui demande la nullité ou la rescision, pour cause de lésion, d'une convention, qu'il a consentie, à prouver la lésion, qu'il allègue.
100. — Quelle doit être l'importance de la lésion?
101. — Suite.
102. — Suite.
103. — Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.
104. — Suite.

105. — Suite.
106. — Suite.
107. — La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à la restitution.
108. — Suite.
109. — Suite.
110. — *a.* Le mineur commerçant, banquier, ou artisan, n'est point restituable contre les engagements, qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art. — Renvoi.
111. — Suite.
112. — Suite.
113. — *b.* Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. — Renvoi.
114. — *c.* Le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. — Renvoi.
115. — Suite.
116. — Suite.
117. — Il est encore certaines obligations, contre lesquelles le mineur n'est pas restituable. — Énonciation. — Renvoi.

48. — Et d'abord, disons-nous, il faut que l'action soit formée contre une *convention*.

Quel est le sens de ce mot dans l'article 1304?

Doit-il être entendu d'une manière restrictive, comme s'appliquant seulement aux contrats proprement dits?

Ou, au contraire, d'une manière extensive, comme s'appliquant à tous les actes qui constituent, entre les parties, à l'instar des contrats, un accord exprès ou tacite de volontés, d'où résulte une obligation, une renonciation ou une décharge?

Notamment, l'article 1304 est-il applicable à l'action en nullité ou en rescision dirigée soit contre l'acceptation ou la répudiation d'une succession, soit contre un paiement ou une quittance?

Pour soutenir que l'article 1304 n'est applicable qu'aux contrats proprement dits, on invoque le texte même de la loi :

La règle générale est que toutes les actions durent trente ans (art. 2262);

Or, d'une part, l'article 1304 ne déroge à cette règle qu'en ce qui concerne l'action en nullité ou en rescision

d'une *convention;* d'autre part, on ne saurait juridiquement appeler du nom de *convention,* ni l'acceptation ou la répudiation d'une succession, ni un paiement ou une quittance;

Donc, l'action en nullité ou en rescision, qui est dirigée contre ces sortes d'actes, dure, non pas dix ans seulement d'après l'article 1304, mais trente ans d'après l'article 2262 (comp. Marcadé, art. 783 et 1304).

Tel est l'argument de cette doctrine.

Nous l'avons déjà reproduit ailleurs, en reconnaissant qu'il est très-net (comp. notre *Traité des Successions,* t. II, n° 555).

Mais nous persistons à penser pourtant qu'il n'est pas décisif:

1° Nous répondrons d'abord par un argument historique, qui est, suivant nous, ici, d'une grande force.

Il est incontestable que les anciennes Ordonnances de 1510 et de 1535 forment, dans notre Droit nouveau, le point de départ et la base de toute cette théorie (comp. *supra,* n°s 16-17);

Or, ces Ordonnances, qui introduisaient, en France, la prescription de dix ans, l'appliquaient, comme nous l'avons vu, *à toutes rescisions de contracts, distracts, ou d'autres actes quelconques.*

Thévenot, en commentant ces textes, enseignait que « ce mot: *distracts,* s'entend des obligations, qui résultent non-seulement *ex contractu, sed etiam ex quasi contractu,* comme renonciation à l'hérédité et, par la femme, à la communauté.... » (Liv. II, tit. XXII, p. 373-374; ajout. Furgole, ch. x, sect. ii, n° 54; Lebrun, liv. III, ch. viii, sect. ii, n° 56.)

Et il est, en conséquence, très-vraisemblable que les auteurs de l'article 1304 ont entendu reproduire l'ancienne doctrine des Ordonnances, auxquelles ils l'empruntaient.

2° Les termes, dont ils se sont servis, sont, à la vérité, en apparence, moins généraux.

Mais ce n'est là, en effet, suivant nous, qu'une apparence :

Soit parce que le mot : *convention,* dont le législateur s'est servi, est plus étendu que le mot : *contrat* (comp. le tome I de ce *Traité,* n°s 12 et suiv.);

Soit parce qu'il s'est ensuite servi, dans le même article, du mot : *actes*, dont le sens est bien plus large;

Soit enfin parce que, en effet, certains actes de volonté produisent, entre les parties intéressées, des droits et des obligations qui les placent réciproquement dans la même situation juridique que s'il y avait eu convention.

Pourquoi donc le législateur aurait-il cru devoir, dans l'article 1310, excepter de l'article 1304 les obligations résultant des délits ou des quasi-délits, si l'article 1304, en effet, dans sa pensée, n'avait été applicable qu'aux obligations conventionnelles proprement dites ?

3° Nous avons déjà remarqué aussi que les considérations d'intérêt public et privé, d'après lesquelles les anciennes Ordonnances avaient institué cette prescription spéciale, à savoir : que les actions en nullité ou en réscision nécessitent un examen de faits et des preuves, *qui peuvent dépérir ou être rendues plus difficiles par le laps de temps,* s'appliquent, avec une égale force, à tous les actes de volonté, qui font l'objet de notre thèse (comp. Angers, 27 déc. 1815, Sirey, 1817, II, 57 ; Cass., 27 juin 1837, Dubourg, Dev., 1838, I, 426; Grenoble, 6 déc. 1842, Achard, Dev., 1843, II, 290; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 275 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis,* IX; Larombière, t. III, art. 1304, n° 61).

49. — Nous avons maintenant à déduire du mot, dont le législateur s'est servi, les conséquences qui en résultent.

Il en est une, qui nous est déjà bien acquise :

C'est que l'article 1304 est applicable seulement aux conventions *annulables*, et non pas aux conventions *nulles*.

Nous croyons avoir assez mis en relief la différence qui sépare *la nullité* d'avec *l'annulabilité*, pour n'avoir pas à y revenir (comp. *supra*, n°s 21 et suiv.).

50. — Étant donnée cette différence, il est clair que l'article 1304 ne saurait être appliqué aux conventions nulles.

Car cet article est fondé sur une présomption de ratification tacite de la part de celui à qui l'action en nullité ou en rescision appartient.

Or, la ratification, quelle qu'elle soit, expresse ou tacite, d'une convention nulle, est impossible.

On ne peut pas ratifier le néant; pas plus qu'on ne peut l'annuler!

Nous disons que l'article 1304 est fondé sur une présomption de ratification ou de confirmation tacite.

Telle est la conséquence, que le législateur a déduite du silence gardé, pendant dix ans, par la partie, à laquelle l'action en nullité ou en rescision appartenait.

La preuve en résulte des textes et des principes.

Aux termes de l'article 1115 :

« Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, *ce contrat a été approuvé*, soit expressément, soit tacitement, *soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.* »

On ne saurait montrer plus clairement la raison philosophique, qui sert de base à notre texte!

C'est bien, en effet, *une approbation* de la convention, que le législateur présume, de la part de celui *qui a laissé passer le temps de la restitution fixé* par l'article 1304.

Et voilà pourquoi ce temps ne court que du jour où la partie, à laquelle l'action en nullité ou en rescision appartient, a pu ratifier la convention.

La corrélation est fort exacte, sous ce rapport, entre l'article 1304, qui s'occupe de la ratification tacite résultant de l'expiration du temps fixé pour agir, et l'arti-

cle 1338, qui s'occupe de la confirmation expresse consentie par un acte, ou de la confirmation tacite résultant de l'exécution volontaire.

On peut aussi en trouver une preuve nouvelle dans la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dont l'article 39 dispose que le délai de dix ans ne commence à courir, contre l'aliéné, après sa sortie définitive de l'établissement où il avait été placé, que du jour où il a eu connaissance, par une notification ou autrement, de l'acte par lui fait. (comp. Toullier, t. IV, n° 661 ; Duranton, t. XII, n° 538 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 270, qui se séparent de la doctrine contraire enseignée par Zachariæ; Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis* 1; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 25).

51. — Nous sommes donc autorisé à dire que l'article 1304 n'est applicable qu'à celles des conventions, qui sont susceptibles de confirmation ou de ratification.

La réciproque est-elle également exacte?

Celles des conventions, qui sont susceptibles de confirmation ou de ratification, d'après l'article 1338, sont-elles aussi soumises à l'application de l'article 1304?

Il semblerait logique de répondre affirmativement.

Mais, pourtant, il faut ajouter que cette réciprocité des deux propositions n'est pas nécessaire et qu'il peut arriver, en effet, qu'elle ne se rencontre pas.

C'est ainsi que le mari, qui pourrait, pendant le mariage, ratifier la convention consentie par sa femme sans autorisation, n'est pas déchu de son action en nullité, pour avoir laissé passer dix ans, pendant le mariage, sans l'exercer. Telle est du moins la thèse, que nous nous proposons de défendre contre les dissidences, dont elle est l'objet (comp. *infra*, n° 190; Bordeaux, 30 avril 1872, Bernard, Dev., 1872, II, 151).

Pareillement, les héritiers du donateur pourraient, après son décès, renoncer, par une ratification, à opposer soit les vices de forme, soit tout autre exception contre la donation faite par leur auteur (art. 1340).

Et, pourtant, ils ne seraient pas soumis à l'application de l'article 1304, c'est-à-dire que leur action en nullité durerait, non pas seulement pendant dix ans, mais pendant trente ans. Telle est aussi la solution, que nous entreprendrons bientôt d'établir (*infra*, n°s 60 et 119).

52. — Dans quels cas une convention est-elle nulle? Et dans quels cas, annulable?

« Il est évident, dit Demante, que tout dépend ici de la volonté du législateur, qui, en soumettant à certaines conditions l'existence régulière et légale des actes, a pu attacher à l'absence de ces conditions, suivant leur importance, des conséquences plus ou moins rigoureuses. » (Colmet de Santerre, t. V, n° 263.)

Cette proposition toutefois serait, à notre avis, trop absolue.

Nous avons déjà remarqué que, parmi les conditions, qui sont exigées par l'article 1108, comme *essentielles* à la validité d'une convention, il en est deux qui ont bien ce caractère; à savoir : le consentement des parties et un objet.

Serait-il possible qu'il y eût une convention, si le consentement faisait complétement défaut?

Et comment comprendre une convention, qui n'aurait pas d'objet!

Ce sont donc là, en effet, des conditions essentielles, que le législateur ne saurait méconnaître, et dont on peut dire qu'elles se retrouvent les mêmes dans tous les temps et dans tous les lieux (comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 42, 80 et 299).

53. — Mais il en est autrement des conditions relatives à la capacité des parties, qui sont, celles-ci, subordonnées aux prescriptions, que la loi positive décrète.

La même observation est, à certains égards, applicable à la cause, quoique pourtant cette dernière condition ait aussi, dans quelques-unes du moins de ses applications, un caractère essentiel de nécessité uniforme et permanente;

Nous voulons dire dans celles de ses applications qui se rapportent aux principes immuables de la morale et de l'ordre public dans les sociétés.... *quæ legibus aut moribus reguntur* (Inst., lib. I, t. II, § 1).

54. — Ce n'est pas ici le lieu d'énumérer les conventions, qui doivent être considérées comme nulles, et auxquelles l'article 1304 est inapplicable.

La nomenclature serait longue !

Rappelons seulement comme l'un des plus probants exemples, que l'article 1304 est inapplicable à la convention par laquelle le cessionnaire d'un office ministériel s'est engagé à payer, au cédant, un supplément en dehors du prix porté au contrat présenté à l'agrément du gouvernement (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 338).

55. — Doit-il en être de même de la convention par laquelle un emprunteur s'est engagé à payer des intérêts usuraires ?

Il y a plus de dix ans, mais moins de trente ans, que Paul s'est engagé à servir à Pierre une rente de 10 000 fr., moyennant une somme de 200 000 fr., qu'il déclare, dans l'acte constitutif de la rente, avoir reçue de lui en espèces.

Après ces dix ans expirés, il demande à prouver contre Pierre qu'il n'a reçu qu'une somme de 100 000 fr.; et il conclut à la répétition des intérêts usuraires qu'il a payés.

Est-il fondé ?

Non ! a-t-on répondu; il est trop tard !

« Attendu que l'article 1304 ne fait pas de distinction entre les divers moyens de nullité ou de rescision; d'où l'on doit conclure qu'il comprend également le moyen pris de la fraude ou du dol; — Attendu que si la loi du 3 septembre 1807 autorise la réduction des intérêts reconnus usuraires, elle ne change pas pour cela la nature de l'action exercée contre ces intérêts; et, par conséquent, lorsqu'elle est dirigée contre le texte d'un acte

public, qu'on veut faire proscrire, elle est sujette à la prescription introduite par l'article 1304.... » (Toulouse, 18 nov. 1836, Julian, Dev., 1837, II, 324.)

La Cour de Caen a consacré la même doctrine, en y apportant, toutefois, une distinction notable :

Ou la preuve de l'usure se trouve acquise par une clause exprimée dans la convention elle-même ; et, dans ce cas, l'action en nullité ou en rescision de la convention dure trente ans ;

Ou la preuve de l'usure, ne se trouvant pas dans la convention, ne peut être acquise que par une instruction ; et, dans ce cas, l'action en nullité ne dure que dix ans.

L'arrêt ajoute qu'il importe peu, pour l'application de l'article 1304, que « .... la nullité ou la rescision réclamée soit partielle ou totale.... » (29 avril 1835, Beulay, Dev., 1838, II, 510.)

56. — Mais cette doctrine ne nous paraît pas juriridique.

Et notre avis est, au contraire, que l'action de l'emprunteur dure, dans tous les cas, trente ans ;

Dans tous les cas, c'est-à-dire : soit qu'il demande, pour l'avenir, la réduction des intérêts usuraires, qu'il s'est engagé à payer ;

Soit qu'il demande, pour le passé, la répétition de ceux qu'il a payés déjà ;

Et cela, sans distinguer si l'acte constitutif du prêt porte ou ne porte pas la preuve de la stipulation usuraire :

1° En effet, la convention, par laquelle l'emprunteur s'engage à payer des intérêts usuraires, a une cause illicite ; tel est bien le caractère des lois prohibitives de l'usure, du 3 septembre 1807 et du 19 décembre 1850.

Or, aux termes de l'article 1131 :

« L'obligation sans cause, ou sur une fause cause, ou « sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

Donc, l'article 1304 ne saurait être applicable à une telle convention, dont le législateur déclare lui-même qu'il ne la reconnaît pas.

Ce n'est point là, dans la vérité juridique du fait, une action en nullité d'une convention.

C'est, pour le passé, une action en répétition de l'indû, dont il y a lieu de dire, avec Dumoulin :

« *Condicens indebitum non dicitur venire contra pacta et conventa, nec petere illa rescindi.* » (De *Usuris*, 2. XVIII, n° 200.)

Et, pour l'avenir, quand l'emprunteur demande à être dégagé des liens de la stipulation USURAIRE, *de continuenda usura*, c'est une action contre une convention, qui ne saurait avoir d'effet. (q. XVII, n° 191.)

Est-ce que cette convention pourrait être ratifiée d'une manière quelconque, soit expresse, par un acte confirmatif, soit tacite, par l'exécution volontaire?

Évidemment non!

Eh bien! c'est par ce même motif qu'elle ne peut pas être confirmée non plus, ni approuvée par l'expiration du délai de dix ans. (Comp. *supra*, n° 50.)

2° Ce syllogisme nous paraît décisif.

C'est le même, qui a triomphé dans la question relative aux traités secrets ou contre-lettres, par lesquels le cessionnaire d'un office ministériel s'engage à payer au cédant un prix supérieur à celui qui est porté dans le traité apparent. (*Supra*, n° 54.)

Et il nous paraît aussi devoir triompher dans cette question toute semblable.

3° Quant à la distinction, que l'on voudrait faire entre le cas où l'acte de prêt ne renferme pas la preuve de l'usure et le cas où il renferme cette preuve, nous ne pensons pas qu'il soit possible de s'y arrêter.

En fait, on ne voit guère les prêteurs avouer *manifestement* leurs usures.

Ils les dissimulent de leur mieux!

Et en Droit, il est clair qu'avec une distinction pareille, les sages dispositions des lois sur l'usure seraient presque toujours éludées. (Comp. Angers, 27 mars 1829, Sirey, 1829, II, 334; Bourges, 2 juin 1831, Dev., 1832, II, 120; Cass., 31 déc. 1833, Dev., 1834, I, 104; Montpellier, 1er mars 1833, Sérignol, Dev., 1837, I, 236; Troplong, *Du Prêt*, n° 401; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 277; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 53.)

57. — La même solution nous paraît applicable aux conventions, qui seraient faites sur une succession non ouverte. (Art. 791, 1130, 1600.)

Elles manquent d'objet;

Elles violent la morale et l'ordre public!

Elles sont donc, deux fois pour une, nulles et non pas seulement annulables. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 243.)

58. — Cette doctrine est incontestée et, en effet, incontestable, tant que la succession, sur laquelle porte la convention, n'est pas ouverte.

Mais doit-elle être maintenue, après l'ouverture de la succession?

Primus et Secundus ont, du vivant de leur auteur commun, procédé au partage de sa succession; et chacun d'eux a pris possession de son lot.

Leur auteur meurt ensuite; et dix années s'écoulent, sans qu'aucune action soit formée, ni par l'un, ni par l'autre, contre la convention par laquelle ils avaient, d'avance, procédé au partage de sa succession.

Mais voici que l'un d'eux forme, contre l'autre, une action en pétition d'hérédité et en partage de cette succession.

Le défendeur peut-il opposer au demandeur la prescription de dix ans, aux termes de l'article 1304?

On a soutenu l'affirmative :

L'article 1304, dit-on, repose sur l'idée d'une confirmation tacite de la convention, par la partie qui a laissé passer le délai de dix ans, sans l'attaquer;

Or, à compter du jour de l'ouverture de la succession, la convention, qui avait eu d'abord pour objet la succession future, est devenue susceptible de confirmation expresse ou tacite;

Donc, la prescription de l'article 1304 lui est, en même temps, aussi devenue applicable. (Comp. Cass., 3 août 1829, Sirey, 1829, I, 339; Pau, 4 févr. 1830, Sirey, 1830, II, 202; Toulouse, 13 avril 1831, Dev., 1831, II, 330; Toulouse, 11 juillet 1834, Dev., 1835, II, 39; Toullier, t. IV, n° 599; Duvergier, *De la Vente*, t. I, n° 230.)

59. — Mais c'est là une défaillance; et il faut, à notre avis, maintenir, contre les dissidents, dans ses termes absolus, la doctrine qui déclare nulle toute convention sur une succession future.

Non! une telle convention n'est susceptible d'aucune confirmation, ni expresse, ni tacite!

On ne confirme pas le néant.

Oh! sans doute, il se pourra que les parties intéressées, qui auraient le droit de la consentir à nouveau, maintenant que la succession est ouverte, s'y tiennent et continuent à l'exécuter.

Et ce sera là, en effet, une convention nouvelle, expresse ou tacite.

Mais une confirmation? jamais!

Ajoutons d'ailleurs que, à supposer même que cette convention fût susceptible de confirmation, après l'ouverture de la succession, il ne s'ensuivrait pas que la disposition de l'article 1304 lui deviendrait applicable.

Nous avons déjà remarqué que si l'article 1304 n'est applicable qu'aux seuls actes, qui sont susceptibles de confirmation, la réciproque n'est pas vraie; et qu'il est, au contraire, des actes, qui sont susceptibles de confirmation, et auxquels l'article 1304 n'est pas applicable (*supra*, n° 51).

Enfin, la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 novembre 1842 (cité *infra*), remarque fort justement :

« Que l'article 1304 peut d'autant moins recevoir son application en pareil cas, que le délai de la prescription ne pourrait courir à partir de l'acte lui-même, et que cependant la loi ne déterminerait aucun autre point de départ pour la prescription de l'action; tandis que, pour les actions en nullité prévues par l'article 1304, elle fait courir le délai de la prescription, soit du jour de l'acte, soit d'une époque, qu'elle détermine par une disposition expresse.... » (Comp.; Limoges, 6 avril 1838, Dev., 1838, II, 501, Aix, 2 févr. 1840, Veyau, Dev., 1840, II, 359; Cass., 8 nov. 1842, Mattei, Dev., 1843, I, 33; Cass., 14 nov, 1843, Prodhomme, Dev., 1844, I, 229; Cass., 14 nov. 1845, Guérin, Dev., 1845, I, 785; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, 272; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 56.)

60. — Il y a plus de dix ans, que Paul a donné entre-vifs un immeuble à Pierre.

Et le voilà qui revendique cet immeuble.

Pierre lui oppose l'article 1304, disant qu'en admettant même que la donation fût soumise à une action en nullité, cette action serait maintenant prescrite.

Mais Paul réplique que c'est d'une nullité de forme, que la donation entre-vifs est atteinte.

Or, la nullité de forme, dans une donation entre-vifs, c'est, en ce qui concerne le donateur, l'absence même de toute donation. (art. 931, 1339.)

Donc, la revendication exercée par Paul contre Pierre, doit triompher. (Comp. Caen, 26 févr. 1827, Sirey, 1828, II, 105.)

La même solution serait-elle applicable aux héritiers du donateur?

Question controversée, sur laquelle nous allons bientôt revenir. (Comp. *supra*, n° 51, et *infra*, n° 119.)

61. — Supposons qu'il a été stipulé, dans un contrat d'antichrèse, que le créancier deviendrait propriétaire de l'immeuble au terme convenu.

Est-ce que le débiteur n'aura que dix ans pour réclamer son immeuble, après l'échéance du terme?

Assurément non!

En effet, d'après l'article 2088 :

« Le créancier ne devient point propriétaire de l'im-
« meuble par le seul défaut de payement au terme convenu;
« *toute clause contraire est nulle....* »

Elle est *nulle*, dit notre texte, et non pas seulement annulable.

Donc, ce n'est pas le cas de l'article 1304 (comp. Toulouse, 5 mars 1831, Dev., 1834, II, 111; Poitiers, 18 juill. 1838, Morillon, Dev., 1838, II, 391; voy. toutefois, Limoges, 2 août 1839, Tixier, Dev., 1840, II, 62; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 59; Zachariæ, Aubry, et Rau, t. IV, p. 273).

62. — L'application de l'article 1304 peut-elle être étendue aux actions en nullité, qui concernent l'état des personnes; notamment à celles, qui sont relatives au mariage, à la reconnaissance d'un enfant naturel, à l'adoption?

D'éminents auteurs enseignent la négative :

D'une part, les actions relatives à l'état des personnes sont l'objet de dispositions spéciales, que le législateur a placées sous les différents titres, qui y sont consacrés, dans le livre I du Code;

Et, d'autre part, l'article 1304, placé, comme il est dans le livre III, sous le titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général, ne concerne, en effet, que les actions qui sont relatives aux biens, et non pas celles qui sont relatives aux conventions ou actes de l'état civil. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 275.)

M. Valette, qui avait d'abord admis la solution contraire, dans son *Explication sommaire du Code Napoléon* (p. 108), s'est ensuite rallié à celle-ci, dans ses *Additions et Corrections* (p. 420), et plus récemment dans son *Cours de Code civil* (p. 237).

Cette thèse est, suivant nous, délicate.

Il est vrai que les actions, qui concernent les conventions relatives à l'état des personnes, sont, dans notre Code, l'objet de dispositions spéciales.

Mais combien il s'en faut que ces dispositions soient complètes! nous avons, plus d'une fois, de l'aveu même des dissidents, constaté leur insuffisance, précisément sur la durée des actions en nullité relatives aux actes qui concernent l'état des personnes.

Or, dans ce silence de notre Code, dans ce complet dénûment de règles législatives, n'est-il pas juridique et raisonnable de revenir à la disposition générale de l'article 1304, dont l'application aux actes, qui concernent l'état des personnes, ne produit d'ailleurs, que les résultats les plus satisfaisants. (Comp. Duranton, t. II, n° 278; Duvergier, sur Toullier, t. I, p. 355, note *a*.)

Nous proposons donc, pour notre part, cette dernière conclusion;

En nous référant, d'ailleurs, aux développements, que nous avons fournis :

Sur la durée de l'action en nullité du mariage, pour les cas non déterminés par la loi, dans notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps* (t. I, n°s 268, 269);

Sur la durée de l'action en nullité d'une reconnaissance d'enfant naturel, dans notre *Traité de la Paternité et de la Filiation* (n° 451);

Et sur la durée de l'action en nullité d'une adoption, dans notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle* (n° 203).

63. — Si la disposition de l'article 1304 ne s'applique jamais, comme nous venons de le reconnaître, aux conventions nulles, faut-il, en sens inverse, reconnaître qu'elle s'applique toujours aux conventions annulables?

Telle paraît être la règle, qui résulte des termes généraux de cet article :

« *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en res-*

« *cision d'une convention* n'est pas limitée à un moindre « temps, cette action dure dix ans. »

M. Larombière remarque, toutefois, que cette première disposition, ainsi que les dispositions suivantes, ne s'occupent que des vices de consentement ou de capacité. (T. IV, art. 1304, n° 62.)

Cette remarque est exacte; et notre avis est aussi que ces sortes de vices ont été l'objet de la préoccupation principale du législateur, lorsqu'il a édicté la disposition de l'article 1304.

A considérer son origine historique dans les anciennes Ordonnances, tel est certainement le cas d'application, que l'article 1304 a surtout en vue. (Comp. *supra*, n°s 16, 17.)

Tous les articles de notre section en témoignent.

Et la raison, sur laquelle la prescription de l'article 1304 est fondée, en est également la preuve.

Cette raison, nous l'avons dit, c'est une présomption de ratification de la part de celui qui avait l'action en nullité ou en rescision, et qui a gardé, pendant dix ans, le silence.

Or, cette présomption de ratification d'une convention ne peut guère s'appliquer qu'aux vices de consentement ou de capacité, dont la convention était atteinte.

64. — Pour exprimer dans quels cas l'article 1304 est applicable, MM. Aubry et Rau ont produit cette formule, que les savants auteurs déduisent de la généralité de ce texte et d'un passage du rapport de M. Jaubert au Tribunat. (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 523, 524.)

« Le caractère de la nullité, sur laquelle l'action est fondée, disent-ils, est, en général, sans influence sur l'application de l'article 1304. Il importe peu que la nullité soit virtuelle ou textuelle, relative ou absolue, de fond ou de forme, d'intérêt privé ou d'ordre public, pourvu que, d'ailleurs, elle soit susceptible d'être couverte par confirmation. » (T. IV, p. 272.)

Que la nullité soit textuelle ou seulement virtuelle, il n'importe; cela est certain, sauf à examiner, si, en effet, la nullité existe de l'une ou de l'autre manière, thèse fort délicate! (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 237 et suiv.)

On peut aussi admettre qu'il n'y a pas à distinguer si la nullité est relative ou absolue, dès que la nullité, si elle est absolue, n'empêche pas que la convention soit seulement annulable.

65. — Mais est-il également vrai que, pour l'application de l'article 1304, il n'y ait pas à distinguer :

1° Entre les nullités d'intérêt privé et les nullités d'intérêt public;

2° Entre les nullités de fond et les nullités de forme.

Ces deux propositions ne nous paraissent pas aussi incontestables.

66. — 1° Et d'abord, est-il vrai que l'action en nullité contre une convention entachée d'un vice d'ordre public, soit soumise à l'application de l'article 1304?

Non! sans doute, si ce vice d'ordre public, dont elle est entachée, est perpétuel et ne peut, en aucun temps, disparaître par une confirmation.

Mais, dit-on, il en est autrement, dans le cas où la cause de cette nullité d'ordre public est seulement temporaire, de sorte que la confirmation devienne possible, lorsque cette cause a disparu; il n'y a pas de motif alors, la confirmation expresse étant possible, pour que la confirmation tacite, qui résulte du silence gardé pendant dix ans, ne le soit pas aussi.

Et on cite le cas d'une cession entachée de nullité, comme contrevenant à la prohibition établie par l'article 1597.

Aux termes de cet article :

« Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir ces-

sionnaires des procès, droits et actions litigieux, qui sont de la compétence du tribunal, dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts. »

Eh bien ! donc, un juge est devenu cessionnaire d'un procès, qui est de la compétence du tribunal dans lequel il exerce ses fonctions.

D'après MM. Aubry et Aubry, cette cession est entachée d'une nullité d'ordre public.

Mais, ajoutent-ils, la nullité, en cas pareil, est seulement temporaire; elle durera, tant que le juge exercera ses fonctions ; elle cessera, lorsqu'il cessera de les exercer.

D'où ils concluent :

1° Que, tant que la cause de la nullité dure, la convention ne peut être l'objet d'une confirmation expresse, et que, par suite, elle ne peut pas être non plus l'objet de la confirmation tacite, qui résulte de l'application de l'article 1304 ;

2° Que, lorsque, au contraire, la cause de la nullité a cessé, la convention pouvant être l'objet d'une confirmation expresse, peut aussi être l'objet de la confirmation tacite, qui résulte de l'article 1304.

De sorte que cette action en nullité est prescriptible par dix ans, mais que les dix ans ne commenceront à courir que du jour de la cessation des fonctions qui s'opposaient, dans la personne du cessionnaire, à la validité de la cession. (T. IV, p. 263, 272 et 273.)

67. — Nous ne croyons pas que cette thèse soit juridique.

Et, à notre avis, étant donnée une convention, qui se trouve, à son origine, entachée d'une nullité d'ordre public, il faut décider que l'article 1304 ne lui sera jamais applicable; lors même que, ensuite, à une époque plus ou moins incertaine et éloignée, la cause de cette nullité viendrait à disparaître.

C'est, en effet, au moment même où la convention se

forme, qu'il faut se placer pour décider si elle est nulle ou annulable.

Évidemment! car c'est à ce moment, qu'elle doit réunir les conditions essentielles à sa formation.

Or, si on suppose qu'elle est entachée d'une nullité d'ordre public, elle est nulle!

Et si elle est nulle, par une telle cause, il faut dire, avec l'article 1131, *qu'elle ne peut avoir aucun effet.*

Voilà ce que nous avons décidé d'une convention, qui a été faite sur une succession non ouverte. (*Supra*, n° 59.)

Voilà ce que nous déciderons de toute convention qui serait, au moment où elle a été consentie, entachée d'une nullité d'ordre public.

68. — La question se trouvant ainsi ramenée, suivant nous, à ses véritables termes, il ne s'agit plus que de savoir si la nullité de la cession, qui a eu lieu contrairement à la prohibition de l'article 1597, est une nullité d'ordre public.

Si on répond affirmativement, la conséquence en doit être que l'article 1304 ne lui sera jamais applicable.

Telle est, en effet, la réponse de M. Larombière, qui nous paraît, en ceci, tout à fait logique:

« La nullité de semblables cessions, dit-il, se prescrit par trente ans seulement; car la prohibition repose sur des considérations de bonnes mœurs et d'ordre public. »

Et il ajoute:

« Nous en disons autant de la nullité des adjudications prononcées en contravention de l'article 711 du Code de Procédure. » (T. IV, art. 1304, n° 55.)

Cette doctrine est aussi celle de Taulier. (T. IV, p. 443.)

69. — Mais est-ce bien là le caractère de la nullité, qui est prononcée soit par l'article 1597 du Code Napoléon, soit par l'article 711 du Code de Procédure?

Nous savons bien que cette question est controversée,

et que plusieurs jurisconsultes enseignent que la nullité peut être proposée par le cessionnaire lui-même. (Comp. Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 200 ; Marcadé, art. 1597, n° 211.)

Mais nous croyons plutôt que l'article 1597 et l'article 711 sont des dispositions protectrices de l'intérêt privé, que tel est leur caractère prédominant, sans vouloir d'ailleurs méconnaître que le législateur a pu y trouver aussi un moyen de sauvegarder la dignité de certaines fonctions (comp. Delvincourt, t. III, p. 357 ; Duranton, t. XVI, n° 145).

D'où nous concluons :

1° Que cette nullité est seulement relative, et qu'elle ne peut être proposée que par le cédant ou par le cédé, mais point par le cessionnaire ;

2° Qu'elle est susceptible de confirmation expresse, non-seulement après la cessation des fonctions, qui ont fait obstacle à sa validité immédiate, mais même aussi pendant la durée de ces fonctions ;

3° Qu'elle est soumise à la prescription de dix ans, et que cette prescription commence à courir, non pas seulement après la cessation des fonctions (ce qui nous paraît tout à fait arbitraire), mais pendant les fonctions.

Il est même remarquable que l'Ordonnance de janvier 1629, qui renfermait la même prohibition, et d'où notre article 1597 procède, après avoir défendu *à tous juges, etc., de prendre aucune cession de dettes, pour lesquelles il y ait procès*, ajoutait expressément :

«.... *Pour les quelles nous voulons y avoir répétition contre eux, jusque dix ans après que les jugements et arrêts auront été rendus.* »

70. — A plus forte raison, appliquons-nous la même doctrine à l'action en nullité, dont se trouve atteinte l'adjudication, qui a eu lieu en contravention à l'article 1596.

Aux termes de cet article :

« Ne peuvent se rendre adjudicataires, ni par eux-
« mêmes, ni par personnes interposées :

« Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ;

« Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de
« vendre ;

« Les administrateurs, de ceux des communes et des
« établissements publics confiés à leurs soins ;

« Les officiers publics, des biens nationaux, dont les
« ventes se font par leur ministère. »

MM. Massé et Vergé assimilent également l'article 1596 à l'article 1597, mais dans un sens tout contraire à celui que nous proposons.

D'après les savants auteurs, l'adjudication, dans le cas de l'article 1596, serait entachée d'une nullité d'ordre public, comme la cession, dans le cas de l'article 1597 ; et l'article 1304 ne serait pas plus applicable à l'un qu'à l'autre. (Sur Zachariæ, t. III, p. 478.)

Mais ceci nous paraît excessif.

Et nous croyons, au contraire, que les adjudications, qui sont faites, en contravention de l'article 1596, donnent seulement lieu à une action en nullité, d'une durée de dix ans, conformément à l'article 1304 :

« La nullité de ces ventes n'est pas absolue, disait Pothier, comme celle des choses qui sont hors du commerce, ou dont le commerce est interdit ; elle n'est prononcée que contre le tuteur ou autre administrateur, et en faveur du mineur, ou autre à qui la chose appartient ; il n'y a que le mineur ou autre, dont la chose a été vendue, qui puisse opposer le défaut de cette vente ; s'il trouve le marché avantageux, le marché tiendra ; et le tuteur ou autre administrateur, qui a acheté, n'en pourra opposer la nullité. » (*De la Vente*, n° 13 ; comp. Bordeaux, 27 févr. 1828, Sirey, 1828, II, 120 ; Orléans, 11 févr. 1841, J. du P. 1841, I, 383 ; Delvincourt, t. III, p. 356 ; Duranton, t. XVI, n° 139 ; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 194 ; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 104.)

71. — 2° L'acte, qui renferme la convention, est nul en la forme.

L'action en nullité, qui en résulte, est-elle soumise à la prescription de l'article 1304?

C'est la seconde question, que nous nous sommes proposé d'examiner. (*Supra*, n° 65.)

L'affirmative est enseignée, par MM. Aubry et Rau :

« Rien n'empêche, en principe et d'une manière absolue, disent-ils, qu'on ne puisse confirmer des obligations constatées, soit par des actes notariés nuls comme tels, et d'ailleurs non revêtus de la signature de l'obligé, soit par des actes sous seings privés non signés par l'une des parties. » (T. IV, p. 262.)

D'où ils concluent qu'il n'y a pas à distinguer, pour l'application de l'article 1304, si la nullité est de fond ou de forme. (T. IV, p. 272.)

Telle est aussi la doctrine de Duranton, qui semble toutefois la restreindre à la nullité de forme des actes notariés :

« La nullité pour vice de forme des actes reçus par des notaires, et prononcée par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ne saurait être, dit-il, perpétuelle; en conséquence, elle doit être demandée dans les dix ans, à partir du contrat, conformément au principe général de l'article 1304, puisque la loi n'a pas fixé un autre délai. » (T. XII, n° 537.)

Ajoutons que, dans son rapport au Tribunat, M. Jaubert déclara que *les nullités de forme peuvent se couvrir par le silence*. (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 525; comp. Cass., 19 déc. 1820, Sirey, 1822, I, 198; Pau, 17 déc. 1821, Sirey, 1822, II, 142; Pau, 4 févr. 1830, Dev., 1830, II, 202; Caen, 17 nov. 1855, Laplanche, Dev., 1857, II, 757; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Ratification*, § V, n° 3; Toullier, t. IV, n° 180, et t. VIII, n° 518.)

72. — Cette doctrine, ainsi formulée, nous paraît soulever des objections graves, que nous allons produire.

Mais d'abord, il importe d'écarter les hypothèses, auxquelles ses partisans eux-mêmes reconnaissent qu'elle ne saurait être appliquée.

Ces hypothèses sont au nombre de quatre :

1° La première est celle où la nullité de forme provient de ce que la convention ne s'est pas formée, parce que l'une des parties n'a pas voulu y donner son consentement.

Voici un acte, qui constate qu'une vente a eu lieu entre Pierre et Paul.

Mais l'acte n'est pas signé par Paul.

Pourquoi ?

Parce que Paul a refusé de signer, en déclarant qu'il ne voulait pas contracter.

Certainement alors, cette nullité de la forme de l'acte ne s'effacera point par un silence de dix ans !

On en convient. (Comp. Grenoble, 15 nov. 1834, Dev., 1835, II, 188 ; Cass., 6 juill. 1836, Flotta, Dev., 1836, I, 876 ; Toulouse, 2 juin 1857, Rataboul, Dev., 1857, II, 514.)

73. — 2° On convient également que les nullités de forme ne sont pas soumises à l'application de l'article 1304, lorsqu'il s'agit des actes, qui sont appelés *solennels*, précisément parce que les formes y sont exigées, non pas seulement *ad probationem*, mais aussi *ad solemnitatem* :

Tels que la donation (art. 893, 931, 1339) ;

Le contrat de mariage (art. 1394) ;

Le contrat de constitution d'hypothèque (art. 2117, 2127).

74. — 3° Il est encore reconnu que le délai de dix ans ne purge pas le vice de l'acte sous signature privée :

Lorsque, dans le cas de l'article 1325, il n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et s'il ne porte par la mention du nombre des originaux, qui en ont été faits (comp. Du

ranton, t. XIII, n° 165; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 387);

Comme, dans le cas de l'article 1326, lorsqu'il n'est pas écrit en entier de la main de celui qui l'a souscrit, ou qu'il ne contient pas, outre sa signature, un bon ou approuvé écrit de sa main, et portant, en toutes lettres, la somme ou la quantité de la chose. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 185; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 395.)

75. — 4° Enfin, il paraît être aussi admis généralement que l'article 1311, qui vise les actes *nuls en la forme,* est une disposition spéciale, relative aux actes, qui intéressent les mineurs, et dans lesquels, en effet, les formes sont requises, comme condition complémentaire de la capacité qui leur manque. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle,* etc., t. I, n° 821; Demante, t. V, n° 263; voy. pourtant Duranton, t. X, n° 825.)

76. — Nous adhérons tout à fait aux quatre propositions, qui précèdent.

Mais il est clair que ces propositions étant une fois admises, le champ d'application, qui reste à la doctrine, que nous combattons, se trouve désormais très-limité.

Eh bien! même dans ces limites, notre avis est qu'elle n'est pas juridique, et qu'il faut, pour tous les cas, décider que l'action en nullité, édictée par l'article 1304, ne s'applique pas à la nullité de forme des actes eux-mêmes :

1° Et d'abord, le texte nous paraît explicite.

L'article 1304 ne s'applique qu'à l'action en nullité ou en rescision *d'une convention.*

Or, l'acte, l'*instrumentum,* qui renferme la convention, n'est pas, bien entendu, la convention;

Donc, l'action en nullité, qui est dirigée contre l'acte, se trouve en dehors des termes de l'article 1304.

Autre chose est la convention, dit justement M. Larombière, autre chose est l'acte! (T. IV, art. 1304, n° 62.)

2° Cette solution, d'ailleurs, est aussi commandée par les principes.

Quel est le but et l'effet de l'acte ?

C'est de faire preuve de la convention.

Or, l'acte, ainsi considéré, est valable ou il est nul, au moment même où il est rédigé.

Il fait preuve en ce moment-là, ou il ne fait pas preuve.

Et ce qu'il est dans le présent, à son origine, il le sera toujours par la suite, dans l'avenir.

Comment se pourrait-il, en effet, que le seul laps de temps corrigeât le défaut de forme qui le vicie, et l'insuffisance de preuve, qui en résulte ?

La présomption de ratification, sur laquelle la prescription décennale de l'article 1304 repose, fait ici défaut ; car il ne s'agit que d'une question extrinsèque de preuve.

Voici un acte auquel manque la forme, qui lui était nécessaire pour faire preuve.

Est-ce que cette forme ne lui manquera pas toujours, dans quinze ans comme aujourd'hui?

Évidemment, oui!

Duranton lui-même le remarque très-bien, lorsqu'il enseigne que l'article 1304 est étranger à la nullité de l'acte sous seing privé renfermant des conventions synallagmatiques, qu'on n'a pas rédigé conformément à l'article 1325 :

« C'est comme preuve qu'il est présenté ; c'est comme preuve qu'il est écarté; car cette preuve n'a pas plus de force aujourd'hui qu'au temps où l'acte a été souscrit; ce qui fait que l'article 1304 précité est étranger à la cause. » (T. XIII, n° 185.)

Cela est très-bien dit!

Mais est-ce que le même argument n'est pas vrai pour tous les actes, quels qu'ils soient, dès qu'il s'agit d'une nullité de forme?

Nous le croyons.

3° De deux choses l'une, en effet :

Ou la convention, qui est contenue dans cet acte nul en la forme, n'a pas été exécutée;

Ou elle a été exécutée.

Dans le premier cas, c'est au demandeur, qui en réclame l'exécution, à prouver que cette convention existe; et cela, bien entendu, à quelque époque que ce soit; or, à quelque époque qu'il le produise, l'acte, nul en la forme, ne pourra pas fournir la preuve, qu'il est tenu de faire.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la convention a été exécutée, de deux choses l'une encore :

Ou cette exécution a constitué une confirmation de la convention; et dans ce cas, notre question ne peut plus naître; une vente d'immeuble avait été consentie entre Pierre et Paul, par une acte notarié nul pour vice de forme; et néanmoins, Pierre, vendeur, a livré l'immeuble à Paul, acquéreur, qui a reçu cette tradition.

Ou, au contraire, l'exécution n'a pas impliqué une confirmation de la vente; comme si Paul, l'acquéreur, se trouvait déjà à un autre titre, en possession de l'immeuble vendu.

Eh bien! alors, si Pierre, même après le laps de dix ans, veut revendiquer son immeuble, comment Paul pourra-t-il se défendre?

Il faudra, pour conserver l'immeuble, qu'il invoque la vente; c'est-à-dire que le voilà, encore cette fois, constitué demandeur aux fins d'exécution de la vente : *reus excipiendo fit actor.*

Or, demandeur, il est tenu de prouver ce qu'il affirme.

Ce qu'il affirme, c'est l'existence et la validité de la vente.

Mais précisément, l'acte qu'il produit, ne forme pas pour lui cette preuve; puisque cet acte est nul en la forme.

Nous croyons donc pouvoir conclure que l'article 1304 est inapplicable aux nullités de forme des actes, qui renferment les conventions.

77. — Le législateur, dans cet article, n'a donc en vue que les conventions elles-mêmes.

Et, pour les conventions, les actions en nullité ou en rescision, qu'il prévoit principalement, sont celles qui dérivent :

I. Des vices du consentement;

II. De l'incapacité;

III. De la lésion.

78. — I. Les vices du consentement sont : l'erreur, la violence et le dol. (Art. 1109.)

Nous avons exposé quels doivent en être les caractères pour qu'ils puissent ouvrir une action en nullité contre la convention.

Rappelons seulement que la nullité, qui en résulte, est relative.

Ce qui n'empêcherait pas d'ailleurs qu'elle fût proposable, réciproquement, par l'une et par l'autre partie, si le vice du consentement, comme l'erreur, par exemple, était, en effet, réciproque. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n°s 78 et suiv.)

79. — Partout donc où, dans une convention, quelle qu'elle soit, se rencontre une action en nullité fondée sur un vice de consentement, cette action se trouve soumise à l'application de l'article 1304.

C'est pourquoi nous adhérons à la solution, d'après laquelle la nullité d'une donation entre-vifs, faite par le malade à son médecin, dans le cas de l'article 909, doit être demandée dans les dix ans de l'acte.

Car cette nullité est, en effet, fondée sur une présomption de captation et de dol. (Comp. Cass., 21 août 1822, Sirey, 1822, I, 100; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 53.)

79 *bis*. — Mais cette solution ne serait pas applicable à l'action en nullité, qui serait formée contre un testament, soit pour contravention à l'article 909, soit pour toute autre cause.

L'article 1304 ne s'applique qu'aux conventions, avec

le sens large, il est vrai, que ce mot nous paraît comporter dans cette disposition législative. (*Supra*, n° 48.)

Mais si large qu'en puisse être l'application, elle ne saurait comprendre le testament! (Comp. Bordeaux, 14 mars 1843, Descombes, Dev., 1843, II, 311).

80. — II. Les incapables de contracter sont :

Les mineurs, émancipés ou non émancipés, suivant les distinctions, qu'il faut faire entre les uns et les autres;

Les interdits, auxquels il faut ajouter les individus pourvus d'un conseil judiciaire;

Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi;

Et généralement tous ceux auxquels la loi interdit certains contrats. (Art. 1125.)

Nous ne pouvons aussi, sur ce point, que nous référer aux développements, que nous avons déjà fournis, en exposant dans lesquels cas l'incapacité de la partie contractante ouvre une action en nullité contre la convention, et quel est le caractère de cette nullité. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 289 et suiv.)

81. — La loi du 30 juin 1838 a modifié, à certains égards, la capacité des personnes qui sont placées dans un établissement public ou privé d'aliénés.

Et nous aurons, en effet, à nous occuper spécialement de cette classe de personnes. (Comp. *infra*, n°s 159 et suiv.)

82. — Rappelons aussi qu'il n'y a pas à distinguer, sous le rapport de l'incapacité de contracter, et des conséquences qui en dérivent, entre les personnes physiques et les personnes morales ou civiles. (Comp. le tome I précité, n° 292.)

Voilà comment, la prescription décennale de l'article 1304 est applicable à l'action en nullité d'une aliénation de biens communaux, consentie sans les formalités requises par les lois spéciales à cette matière. (Comp. Loi du 18 juill. 1837; Cass., 18 janv. 1841, Comm. de Rorschwir, Dev., 1841, I, 339; Cass., 3 mai 1841, d'Albert, Dev. 1841, I, 391; Caen, 4 mars 1848, Guérin,

Dev. 1848, II, 543; Angers, 27 févr. 1867, Carré, Dev. 1867, II, 251; Merlin, Répert., v° *Prescription*, sect. III, § 6, n° 5; Troplong, *De la Prescription*, t. I, n° 196; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 273; Des Glageux, *Aliénation et Prescription des biens de l'État*, etc., p. 394; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 49; voy. pourtant Solon, *des Nullités*, t. I, n° 479.)

83. — L'observation des formalités, que la loi exige pour la validité de certains actes juridiques, qui concernent les personnes incapables, doit être elle-même considérée comme une condition de leur capacité personnelle. (*Supra*, n° 17).

Aussi, la nullité, qui résulte de l'inobservation de ces formalités, est elle seulement relative.

Et l'action, qu'elle produit, est soumise à la prescription décennale de l'article 1304. (Comp. art. 1311; et notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 820).

84. — III. Enfin, reste la lésion, comme troisième vice, pouvant ouvrir une action en nullité ou en rescision contre une convention.

Nous avons exposé les principes généraux, qui gouvernent cette matière. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 191 et suiv.)

Rappelons d'abord que, aux termes de l'article 1118 :

« La lésion ne vicie les conventions que dans certains « contrats, et à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il « sera expliqué en la même section. »

C'est-à-dire dans la section où nous sommes, qui règle, en effet, ce qui concerne la lésion :

Soit relativement aux majeurs;

Soit relativement aux mineurs.

85. — Relativement aux majeurs, l'article 1313 est ainsi conçu :

« Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion « que dans les cas et sous les conditions spécialement « exprimées par le présent Code. »

Quels sont ces cas et ces conditions?

Nous les avons indiqués. (Comp. le tome I précité, n° 197.)

Et c'est à la place où le législateur a mis chacun d'eux, qu'il y a lieu de s'en occuper spécialement.

86. — Relativement aux mineurs, l'article 1305 est ainsi conçu :

« La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur « du mineur non émancipé contre toutes sortes de con- « ventions; et, en faveur du mineur émancipé, contre « toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capa- « cité, ainsi qu'elle est déterminée au titre *De la Minorité,* « *de la Tutelle et de l'Émancipation.* »

C'est, en effet, dans ce titre que nous avons cru devoir exposer cette thèse importante. (Comp. notre *Traité de la Minorité,* etc., t. I, n°s 812 et suiv.)

Il ne nous reste qu'à la compléter et à résumer, en nous y référant, les développements, que nous y avons déjà consacrés.

87. — Pour savoir dans quels cas les actes passés, soit par le mineur, soit par le tuteur, sont soumis à une action en nullité ou en rescision, il faut faire une distinction fondamentale entre les actes valables et les actes nuls en la forme.

Cette distinction est fondée sur le texte même de la loi, dans les articles 1311 et 1314.

D'après l'article 1311 :

« Il (le mineur) n'est plus recevable à revenir contre « l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il « l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul « en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitu- « tion. »

Et, d'après l'article 1314 :

« Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs « ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit « dans un partage de succession, ont été remplies, ils

« sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils « les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction. »

La distinction qui résulte de ces textes est, avons-nous dit, commune aux actes passés par le mineur et aux actes passés par le tuteur.

88 — *a*. Et d'abord, l'acte a-t-il été passé par le tuteur, comme telle est, en effet, la règle?

Si l'acte est valable en la forme, il n'est pas du tout rescindable; le mineur a été valablement représenté par son mandataire légal, agissant dans les limites de son mandat et conformément aux conditions que la loi elle-même y a mises, dans le cas où la loi avait soumis l'espèce d'acte, qui a été fait, à certaines conditions spéciales. (Comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 822; Alger, 17 mars 1874; Boccara, Dev. 1875-2-52.)

Si l'acte est nul en la forme, il est soumis à une action en nullité pour vice de forme;

Sans que le mineur, devenu majeur, ait besoin d'invoquer le moyen déduit de la lésion. (Art. 450, 457, 458, 459, 463, 1311, 1314 2045, etc.; comp. notre *Traité* précité, etc., t. I, n° 823.)

89. — C'est même une question de savoir si le mineur, dans ce cas, doit agir dans le délai de dix ans pour demander la nullité de l'acte passé par son tuteur (art. 1304);

Ou s'il n'a pas une action de la durée ordinaire de trente ans (art. 2262), comme il l'aurait, dans le cas où un tiers, sans aucun pouvoir à l'effet de le représenter, aurait disposé de son bien.

Voilà ce que nous disions, dans notre *Traité* précité (n° 823), en ajoutant que nous retrouverions cette question à sa place, sous l'article 1304.

Le tuteur a vendu, à l'amiable, un immeuble du mineur.

Il l'a vendu, en sa qualité de tuteur, mais sans observer les formalités requises par les articles 457 et 458.

L'action en nullité, qui appartient au mineur contre cette vente ou contre tout autre acte, que son tuteur aurait passé sans observer les formalités requises par la loi, lorsque l'acte était soumis à certaines formalités, cette action dure-t-elle trente ans, conformément à l'article 2262?

Ou ne dure-t-elle que dix ans, conformément à l'article 1304?

Cette thèse n'a pas cessé d'être controversée depuis la promulgation du Code; et elle est encore le sujet de vives dissidences, dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Le parti, qui soutient que l'action du mineur dure, dans ce cas, trente ans, d'après l'article 2262, emploie certainement des arguments fort sérieux :

1° Et d'abord, il invoque l'autorité de l'ancien droit, sous l'empire duquel, d'après l'Ordonnance de 1539, cette solution paraît, en effet, avoir été généralement admise.

Le témoignage de Pothier est, à cet égard, très-explicite :

« Le pouvoir du tuteur, disait-il, ne s'étend pas jusqu'à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur. De là il suit que, si un tuteur avait vendu et livré un immeuble de son mineur, il n'en aurait pas transmis la propriété à l'acheteur; et le mineur, devenu majeur, pourrait, dans les trente ans depuis sa majorité, revendiquer cet immeuble, sans avoir, pour cela, besoin de lettres de rescision. Un mineur a besoin de lettres contre le fait de son tuteur, parce que le fait de son tuteur est censé son propre fait; mais cette règle n'a lieu qu'à l'égard des choses renfermées dans le pouvoir du tuteur, c'est-à-dire qui concernent l'administration du tuteur; or, cette vente faite par le tuteur, étant une chose qui excède les pouvoirs des tuteurs, n'est pas plus, à cet égard, le fait du mineur, que ne le serait le fait d'un étranger, qui se serait avisé de vendre cet immeuble. Le mineur n'a

donc pas plus besoin de lettres pour revendiquer cet immeuble, que s'il avait été vendu par un étranger sans caractère; et le tuteur lui-même, dans les choses qui excèdent son pouvoir, doit être regardé sans caractère. » (*Traité des personnes*, Part. I, tit. VI, art. 3, § 2; Comp. Basnage, t. II, p. 258; Bourjon, *Droit comm. de la France*, L. I, tit. VI, ch. II, nos 34, 37 et 54; et le Traité anonyme *des Minorités*, ch. XIV, p. 379.)

2° Le législateur du Code Napoléon a-t-il changé cette doctrine?

Rien ne le prouve, dit-on, ni dans les textes, ni dans les travaux préparatoires.

Et on ajoute qu'il ne devait pas la changer, parce qu'elle est conforme aux principes du Droit civil.

La raison, qu'en donne Pothier, a toujours, en effet, la même force dans le Droit nouveau, qu'elle avait dans l'ancien Droit.

Le tuteur est le mandataire légal du mineur ;

Or, aux termes de l'article 1998 :

« Le mandant est tenu d'exécuter les engagements con-
« tractés par le mandataire, *conformément au pouvoir*, *qui*
« *lui a été donné.*

« *Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà qu'au-*
« *tant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.* »

Donc, le mineur, devenu majeur, n'est tenu des engagements contractés par son tuteur, qu'autant que le tuteur, en effet, les a contractés conformément au pouvoir que la loi lui a donné.

Et, pour ce que le tuteur a fait au delà, le mineur n'en est tenu qu'autant qu'il l'a ratifié.

Comment serait-il possible que le mandat, par lequel la loi elle-même pourvoit à la protection du mineur, offrît moins de garanties que le simple mandat conventionnel du Droit commun!

On ne peut donc pas dire, tant que le mineur n'a pas ratifié : *factum tutoris, factum pupilli.*

Et, par conséquent, la prescription, applicable en cas pareil, n'est pas celle de dix ans, d'après l'article 1304, mais celle de trente ans, d'après l'article 2262.

3° Il n'est pas d'ailleurs nécessaire, pour arriver à cette conclusion, d'aller jusqu'où Pothier allait, et de considérer absolument le tuteur, qui dépasse ses pouvoirs, comme un étranger sans caractère; de sorte que la vente, par exemple, d'un immeuble de mineur faite par lui, à l'amiable, serait à considérer absolument comme une vente faite par un étranger.

Il suffit de la considérer comme une vente faite, au nom de mineur, soit par un mandataire, qui excède ses pouvoirs, soit par un simple gérant d'affaires.

Et les conséquences de ce système, dit notre savant collègue M. Labbé, qui s'en déclare partisan, seront que : 1° Celui dont les biens ont été ainsi vendus, peut, après sa majorité, ratifier la vente; 2° Celui qui a acquis dans ces conditions, peut sommer l'ex-mineur de se prononcer sur la ratification dans un délai moralement nécessaire; 3° La prescription de trente ans seule met, en tout cas, fin à l'incertitude des situations, et confirme l'aliénation. (*Observations* sur l'arrêt de la Cour de Douai du 20 nov. 1870, Henno, Dev., 1872, II, 1; comp. Metz, 1er juin 1821, Sirey, 1821, II, 154; Riom, 13 déc. 1826, Sirey, 1827, I, 147; Bordeaux, 10 juill. 1829, Sirey, 1829, II, 319; Toulouse, 7 juin 1830, Dev., 1831, II, 66; Rennes, 1er août, Dev., 1833, II, 580; Douai, 24 août 1839, J. du P. 1839, II, 659; Bordeaux, 21 avril 1858, Brun, Dev., 1858, II, 395; Grenier, *Des hypoth.*, t. I, n° 48; Duranton, t. III, n° 598, t. X, n° 282, et t. XII, n° 545; Rolland de Villargues, Répert., v° *Nullité* n° 20; Coulon, *Quest. de droit* t. III, p. 160; Rodière, *Revue de législat.*, t. V, n° 76.)

90. — Notre avis est pourtant que cette doctrine n'est pas juridique.

Et nous espérons pouvoir démontrer que la prescription,

qui doit être appliquée à l'acte dont il s'agit, est celle de dix ans, d'après l'article 1304, et non pas celle de trente ans, d'après l'article 2262 :

1° L'autorité de l'ancien Droit, que les partisans de la doctrine contraire invoquent, ne saurait être ici décisive.

Le législateur nouveau a, en effet, beaucoup modifié les anciens principes de cette matière, précisément afin de mieux garantir la solidité des conventions et la sécurité des tiers. (Comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 816.)

Voilà notamment ce qu'il a fait sur la question, qui nous occupe.

Et il devait, suivant nous, d'autant plus le faire, que nous ne concédons pas que la solution, qui était autrefois donnée à cette question, fût conforme aux principes.

2° C'était, en effet, une exagération de dire, que le tuteur, qui ne remplit pas les formalités auxquelles la loi a soumis l'acte, qu'il fait au nom du mineur, doit être considéré comme un étranger sans caractère pour s'ingérer dans les affaires du mineur.

Aux termes de l'article 450 :

« Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, « et *le représentera dans tous les actes civils.* »

Tel est le mandat légal du tuteur, très-différent du simple mandat conventionnel !

C'est la personnalité juridique du mineur, représentée tout entière par le tuteur. (Comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 597.)

Et de là cette maxime : *factum tutoris, factum pupilli.*

Aussi, même dans l'ancien Droit, Meslé remarquait-il « que, originairement, les tuteurs avaient tout pouvoir pour la vente des biens du mineur. » (*Des Minorités*, Part. I, ch. VIII, n° 17.)

Il est vrai que ce pouvoir a été ensuite réglementé et que l'observation de certaines formalités a été imposée au tuteur.

Mais quelle en est, logiquement, la conséquence, si le tuteur ne les a pas observées?

La conséquence en est-elle, qu'il n'y a plus lieu d'appliquer la maxime : *factum tutoris, factum pupilli ?*

Certainement non! suivant nous; car le tuteur n'en est pas moins toujours le représentant du mineur dans tous les actes civils, qu'il fait *tutorio nomine.*

Ce qui en résulte seulement, c'est que ce *factum tutoris* n'est pas régulier; c'est que l'acte, fait ainsi par le tuteur, n'engage pas irrévocablement le mineur, envers les tiers; c'est que le mineur devenu majeur, a contre cet acte, une action en nullité.

Or, s'il a seulement une action en nullité, c'est l'article 1304, et non pas l'article 2262, qui est applicable; car, le premier alinéa de l'article 1304 renferme une règle générale, qui doit être appliquée à toutes les actions en nullité.

3° Comment! on assimile à un étranger sans aucun caractère le tuteur, qui vend, au nom du mineur, un immeuble de celui-ci, sans remplir les formalités prescrites à cet effet!

Duranton va encore plus loin; à l'appui de sa thèse, il cite ce fragment d'Ulpien :

« ... *Nam tutor in rem pupilli tunc domini loco habetur cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat.* » (L. 7, § 3 ff. *Pro emptore*);

Maxime, que le jurisconsulte romain n'applique qu'au tuteur, qui détourne frauduleusement les choses appartenant à son pupille.... *si tutor rem pupilli subripuerit.*

L'exagération est évidente; et nous ajouterons aussi l'injustice.

Qui ne sait comment les choses se passent, dans la pratique, et que presque toujours, c'est dans l'intérêt véritable du mineur, afin d'éviter des frais, ou de ne pas manquer une bonne occasion, que le tuteur fait, à l'amiable, au nom du mineur, certains actes que la loi a

oumis à des formalités spéciales ; c'est une vente, ou une transaction, ou souvent aussi un partage avec les parents, cohéritiers du mineur. (Comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 738; notre *Traité des Successions*, t. I, n° 219 et t. III, n° 608; les *Observations* de MM. Defermon et Tronchet, dans les séances du Conseil d'État du 30 frimaire an XII, Locré, *Législat. civ.*, t. XIV, p. 62.)

Qu'il ne soit pas alors un tuteur infidèle, cela est manifeste!

Mais ce n'est pas non plus assez de voir seulement en lui un mandataire ordinaire, qui dépasse ses pouvoirs, ou un simple gérant d'affaires.

C'est toujours le tuteur en sa qualité, qui est en scène! C'est le tuteur représentant toujours le mineur, sauf l'action en nullité, qui appartient à celui-ci, en raison de l'inobservation des formalités auxquels l'acte passé par le tuteur était soumis.

4° Est-ce que cet acte, cette vente d'immeuble, est entachée d'une nullité absolue?

L'autre partie, l'acquéreur, pourrait-il la proposer?

Il faut répondre affirmativement, dans le système de ceux, qui soutiennent que la vente doit être considérée comme une vente de la chose d'autrui faite *a non domino*.

Mais cette réponse devient un nouvel argument contre le système, qui s'y trouve réduit.

Il nous paraît certain, en effet, que la nullité, est seulement relative et ne peut être proposée que par le mineur devenu majeur.

Car les formalités auxquelles la loi a soumis certains actes de l'administration tutélaire, n'ont été introduites que dans l'intérêt du mineur; elles se rattachent à son incapacité personnelle, d'où ne peut résulter qu'une nullité relative. (Comp. *supra*, n° 83.)

5° Les arguments que nous venons de présenter sont, à notre avis, concluants.

On a toutefois produit encore, dans l'intérêt de la doctrine que nous défendons, un autre argument.

On a dit :

« Limiter aux actes faits par les mineurs le délai de dix ans, et étendre à trente ans le délai pour l'action en nullité des actes faits par le tuteur, ce serait rompre l'harmonie établie entre l'article 1304 et l'article 475, qui a fixé au même délai de dix ans la durée des actions du mineur contre le tuteur, à raison des faits de la tutelle, puisque le mineur, auquel l'action directe contre son tuteur serait interdite après les dix ans de sa majorité, pourrait agir indirectement, en dirigeant son action contre le tiers-acquéreur, qui exercerait son recours contre le tuteur.... » (Cass., 25 nov. 1835, Bucquet, Dev., 1836, I, 130.)

Ce rapprochement entre l'article 475 et l'article 1304, est spécieux, et ne manque pas, à quelques égards, de vérité.

Nous ne saurions néanmoins le considérer comme décisif.

Il ne nous paraît, en effet, nullement démontré que le législateur, malgré la similitude des deux délais, auquels il a soumis la prescription de l'article 475 et la prescription de l'article 1304, ait entendu que les deux prescriptions marcheraient toujours ensemble du même pas et arriveraient nécessairement ensemble aussi au même terme.

Est-ce que l'interruption, qui ne s'adresserait qu'à l'une, prolongerait également l'autre?

Assurément non!

Supposons que le mineur, devenu majeur, ait encore une action contre son tuteur pour faits de tutelle, après l'expiration du délai de dix ans fixé par l'article 475, parce que le tuteur, par exemple, a commis un dol dans la reddition de son compte. (Comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. II, n° 163.)

Est ce qu'il aurait encore, à cause de ce dol de son tuteur, une action contre les tiers, après l'expiration du délai de l'article 1304, si ces tiers n'en étaient pas d'ailleurs complices?

Nous répondons encore : assurément non!

Quoique la Cour de Douai, dans son arrêt du 20 novembre 1870, ait invoqué cette circonstance du dol commis par le tuteur, pour prolonger, contre les tiers de bonne foi, le délai de la prescription jusques à trente ans! (20 novembre 1870, Henno, Dev., 1872, II, I.)

Mais cette circonstance ne saurait exercer aucune influence sur la solution de notre question.

A l'égard des tiers, le sort de l'acte, qu'ils ont passé avec le tuteur, doit être apprécié, d'après les principes que nous venons d'exposer, au moment même où il a été passé.

Un fait accidentel et postérieur, tel que le dol du tuteur dans la reddition de son compte, ne saurait rétroagir, à l'encontre des tiers, sur la validité de cet acte. (Comp. Labbé, *loc. supra, cit.* Dev., 1870, II, 1, 2.)

Le moyen, déduit du rapprochement des articles 475 et 1304, ne nous paraîtrait donc pas déterminant.

Mais les moyens, que nous avons présentés, sont, à notre avis, très-suffisants pour la démonstration de notre thèse.

6° Ajoutons seulement que l'article 1304 serait, en pratique, d'une application infiniment rare, s'il devait être restreint exclusivement aux actes passés par les mineurs eux-mêmes.

Voit-on, en effet, beaucoup de mineurs prendre en main l'administration de leur patrimoine, et vendre eux-mêmes leurs immeubles, sans le concours de leur tuteur!

L'article 1304, réduit à une telle hypothèse, deviendrait presque une lettre morte ; et il n'est pas certes vraisemblable que ce soit uniquement pour cette hypothèse, que le législateur l'a décrété. (Comp. Cass., 14 nov.

1826, Sirey, 1827, I, 305; Cass., 25 nov. 1835, Bucquet, Dev., 1836, I, 130; Paris, 2 nov. 1840, Duvoir, Dev., 1841, II, 134; Rouen, 17 janv. 1846, Bouelle, Dev. 1847, II, 351; Cass., 7 juill. 1851, Boïlay, Dev., 1851, I, 641; Bordeaux, 8 juill. 1863, Novelli, Dev., 1863, II, 268; Bordeaux, 27 juill. 1871, Rivière, Dev., 1872, II, 221; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 275; Massé et Vergé, t. III, p. 478; Marcadé, t. IV, art. 1311, n° 2; de Fréminville, *Des Minorités*, t. II, n° 896; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 46.)

91. — Nous avons toujours supposé, dans ce qui précède, que le tuteur avait agi *tutorio nomine*, au nom du mineur.

La solution devrait être, au contraire, différente, si le tuteur avait agi en son nom personnel.

Le tuteur a vendu, en son propre nom, un immeuble du mineur.

C'est la vente de la chose d'autrui! (Art. 1599.)

Et il faut la traiter, celle-là, en effet, comme si elle avait été faite par un étranger; elle est, en ce qui concerne le mineur, *res inter alios acta*. (Art. 1165.)

Le mineur, devenu majeur, pourra donc revendiquer son immeuble contre les tiers, sans avoir besoin de demander la nullité de la vente consentie par le tuteur.

Et son action en revendication durera trente ans, à compter du jour de sa majorité, aux termes de l'article 2262 (comp. Cass., 8 déc. 1813, Sirey, 1814, I, 213; Cass., 14 nov. 1826, Sirey, 1827, I, 306; Bordeaux, 21 avril 1858, Brun, Dev., 1858, II, 305; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 274; Larombière, t. III, art. 1304, n° 46.)

92. — Le tuteur a vendu l'immeuble du mineur, ou il a fait toute autre opération au nom du mineur, en se portant fort pour lui.

La clause de *porte-fort* n'empêche pas que le mineur

ait été représenté par son tuteur, dès que celui-ci agissait, en effet, en sa qualité de tuteur.

Cette clause est simplement une garantie en faveur du tiers acquéreur.

L'action en nullité du mineur ne saurait donc, en ce cas, durer plus de dix ans, aux termes de l'article 1304. (Comp. Cass., 12 févr. 1873, Monnier, Dev., 1873, I, 437; notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 737; et notre *Traité des Successions*, t. III, n° 608.)

93 — *b*. Supposons maintenant que l'acte a été passé par le mineur lui-même. (*Supra*, n° 87.)

De deux choses l'une :

Ou l'acte, dont il s'agit, n'est soumis à aucune formalité spéciale, tel qu'un bail;

Ou l'acte est soumis à des formalités spéciales, telle qu'une vente d'immeuble.

Dans le premier cas, l'acte passé par le mineur est annulable pour cause de lésion;

Dans le second cas, il est annulable pour vice de formes, indépendamment de toute lésion.

Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, l'action en nullité ou en rescision du mineur contre l'acte qu'il a passé, est soumise à la prescription décennale de l'article 1304.

94. — Nous disons que l'acte passé par le mineur n'est annulable que pour cause de lésion, dans le cas où cet acte, en supposant qu'il eût été passé par le tuteur, n'aurait été soumis à aucune formalité spéciale.

Telle est la doctrine que nous avons proposée, dans notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 821.

Et nous croyons devoir y persister. (Comp. Nancy, 12 janv. 1875, Guidat, Dev. 1875-2-52.)

95. — De même que nous persistons dans la doctrine que nous avons aussi proposée, en ce qui concerne les actes passés par le mineur, lorsque ces actes, tels qu'une aliénation d'immeubles, étaient soumis à des formalités spéciales.

Ces actes donc nous paraissent annulables pour vice de formes, indépendamment de toute lésion, aux termes de l'article 1311, qui modifie, suivant nous, quant à ces actes, la disposition de l'article 1305. (Comp. notre *Traité* précité, t. I, nos 824, 825.)

96. — Mais à quoi bon? pourrait-on dire.

Et quel intérêt y a-t-il à décider que les actes, qui sont soumis à des formes spéciales, sont annulables de ce seul chef, indépendamment de toute lésion, si ces formes n'ont pas été observées;

Tandis que les actes qui ne sont pas soumis à des formes spéciales, ne sont annulables que pour cause de lésion?

De deux choses l'une, en effet :

Ou le mineur sera lésé par l'acte qu'il a fait sans les formes auxquelles cet acte était soumis; et alors, il pourra en demander la nullité pour cause de lésion;

Ou le mineur ne sera pas lésé par cet acte; et alors, c'est tout simple! il n'en demandera pas la nullité.

La distinction, que l'on propose entre ces deux classes d'actes, est donc purement théorique, et ne présente, au point de vue pratique, aucune importance.

Il s'en faut bien!

1° En effet, il peut être, d'une grande importance pour le mineur, de n'avoir point à faire preuve de la lésion qu'il aurait éprouvée.

Cette preuve, parfois délicate et difficile! elle est à sa charge, lorsque l'acte n'est annulable que pour cause de lésion; (Comp. *infra*, n° 99.)

Tandis qu'il n'a aucune preuve de lésion à faire, lorsque l'acte, qu'il a passé, est annulable pour vice de formes.

2° La lésion n'est une cause de rescision, au profit du mineur, qu'autant qu'elle résulte de l'acte même, qu'il a passé; elle n'est pas une cause de rescision, lorsqu'elle résulte d'une cause postérieure, casuelle et imprévue. (Art. 1306; comp. *infra*, n° 103.)

D'où il suit que l'action en nullité pour vice de formes offre encore, à ce point de vue, plus d'avantage au mineur que l'action en nullité pour cause de lésion.

Ce bail, par exemple, que le mineur a passé au profit de Paul, ne lui a causé, au moment où il le passait, aucune lésion. Il a loué sa maison 5000 fr. par an ; et c'est tout ce qu'elle valait alors.

Mais, depuis le bail, une voie nouvelle de communication, entièrement imprévue, ou tout autre événement semblable, a fait doubler la valeur des loyers; et la maison, que le mineur a louée 5000 fr., il la louerait maintenant le double, 10000 fr.

C'est irréparable !

Et il faudra que le mineur attende l'expiration du bail, qu'il a passé.

Tandis qu'il en serait autrement, si, au lieu d'un bail, vous supposez une vente.

Eût-il vendu sa maison au vrai prix qu'elle valait alors, il n'en pourra pas moins demander la nullité de la vente, s'il y a intérêt, en raison de l'augmentation de valeur, qui serait survenue à la maison, par des circonstances fortuites, depuis la vente. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 270 *bis*, XXI.)

97 — *c*. Nous avons examiné successivement deux hypothèses :

1° Celle où l'acte a été passé par le tuteur seul;

2° Celle où l'acte a été passé par le mineur seul.

Il peut s'en présenter une troisième; à savoir :

3° Celle où l'acte a été passé par le mineur et par le tuteur ensemble, ou, comme on dit parfois, par le mineur avec l'autorisation de son tuteur.

D'autorisation de tuteur, il est vrai, nous n'en connaissons plus; c'est le tuteur seul qui est en scène, et qui agit, dans l'organisation de la tutelle française. (Comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 528.)

Mais il se peut, et il arrive même assez souvent, en

fait, que le mineur lui-même agisse avec son tuteur.

Et alors s'élève la question de savoir de quelle manière doit être traité l'acte ainsi passé par le tuteur et par le mineur ensemble.

Si l'acte qu'ils ont passé était soumis à des formalités spéciales, et si ces formalités n'ont pas été observées, il nous paraît évident que cet acte sera annulable pour vice de formes, indépendamment de toute lésion.

On pourrait presque dire, en effet, que l'acte est deux fois annulable, et du chef du mineur, et du chef du tuteur, puisque ni l'un ni l'autre ne pouvait le faire valablement, sans observer les formes requises par la loi. (Comp. *supra*, n°s 88 et 95.)

98. — Mais l'acte n'était soumis à aucune forme spéciale?

C'est un bail que le tuteur et le mineur, ou le mineur autorisé par son tuteur, ont consenti.

Le bail sera-t-il rescindable pour cause de lésion, parce qu'il a été passé par le mineur?

Ne sera-t-il pas rescindable pour cause de lésion, parce qu'il a été passé par le tuteur?

Il ne faut pas, suivant nous, hésiter à admettre cette dernière solution.

Le tuteur, en figurant lui-même dans l'acte, se l'est approprié; et il en a, par conséquent, assumé la responsabilité, soit envers le tiers, soit envers le mineur.

Peu importe la forme de la rédaction et le rôle plus ou moins secondaire, en apparence, qu'elle aura pu donner soit au tuteur, soit au mineur.

Que l'acte porte que c'est le tuteur qui a fait l'acte, de concert avec le mineur, ou que c'est le mineur, de concert avec le tuteur, ou avec l'autorisation de son tuteur, ces variétés de la rédaction ne sauraient rien changer à ce fait essentiel, que le tuteur a figuré à l'acte et qu'il l'a lui-même consenti! (Comp. notre *Traité de la Minorité*, etc.,

t. I, n° 807; Cass. 28 avril 1861, Vadon, Dev., 1861, I, 626; Duranton, t. X, n° 284; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 254.)

99. — C'est au mineur, qui demande la nullité ou la rescision, pour cause de lésion, d'une convention, qu'il a consentie, à prouver la lésion qu'il allègue.

Car il est demandeur; et telle est la condition du succès de son action (art. 1305; comp., *supra* n° 86).

Il ne faudrait pas objecter l'article 1241, duquel il résulte que lorsqu'un payement a été fait au créancier incapable de le recevoir, c'est au débiteur de prouver, pour n'être pas obligé de payer une seconde fois, que la chose payée a tourné au profit du créancier (comp. le t. V de ce *Traité*, n°s 192 et suiv.).

L'article 1241 prévoit une autre hypothèse; à savoir : celle d'une obligation valable préexistante, dont le débiteur a fait le paiement aux mains d'un créancier incapable. Vous avez emprunté 1000 fr. de Paul, majeur et capable; et Paul étant décédé, a laissé pour héritier Pierre, son fils, qui est mineur. Vous voilà donc, en vertu d'une obligation valable, débiteur d'un créancier incapable d'en recevoir le payement. De sorte que si, après un premier payement que vous lui avez fait, votre créancier vous demande encore l'exécution de l'obligation, c'est vous qui devrez prouver que la chose, payée par vous, a tourné à son profit.

Telle n'est pas l'hypothèse de l'article 1305. Ce que le mineur demande ici, c'est la nullité ou la rescision de l'obligation qu'il a contractée; c'est donc lui qui doit prouver l'existence de cette nullité, c'est-à-dire la lésion;

Sauf ensuite à l'autre partie, à prouver, de son côté, que les prestations, qu'elle a accomplies, ont tourné, en tout ou en partie, au profit du mineur, et à en demander la restitution (art. 1312; comp. *infra* n° 172; Villequez, *Revue historique*, 1861, t. VII, p. 36-38; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 256; Larombière, t. IV, art. 1312, n° 2).

100. — Le Code n'a pas déterminé l'importance ni la quotité de la lésion, qui serait nécessaire pour faire rescinder les conventions passées par les mineurs; comme il l'a déterminée pour les majeurs, dans les cas où il admet que la lésion peut être, pour eux, une cause de restitution, à savoir : dans les partages (art. 887, 1079); et dans les ventes d'immeubles (art. 1674; voy. toutefois art. 1854).

Au contraire même, l'article 1305 dispose que *la simple lésion* est, pour les mineurs, une cause suffisante de restitution.

La simple lésion, et, par conséquent, une lésion quelconque!

Est-ce à dire pourtant que toute différence, toute inégalité de valeur, si minime qu'on la suppose, devra être nécessairement une cause de nullité?

Ce serait là une exagération, contre laquelle M. Jaubert a protesté d'avance, dans son rapport au Tribunat :

« Cependant, disait-il, en exposant l'article 1305, ce mot : *lésion*, emporte avec lui l'idée d'un dommage un peu remarquable; c'est au juge à prononcer sur ce point. » (Locré, *Legislat. civ.* t. XII, p. 494.)

Question de fait, dont la solution dépend des circonstances de l'espèce, et notamment de l'importance et de la valeur relative de ce qui fait l'objet de la convention.

M. Larombière propose de prendre, pour base d'appréciation, l'article 1619, d'après lequel le défaut de contenance de l'héritage vendu ne donne lieu à augmentation ou à diminution de prix, qu'autant que la différence est d'un vingtième, en plus ou en moins, eu égard à la totalité des objets vendus (t. IV, art. 1306, n° 16).

Mais il est clair, ainsi que le savant auteur lui-même le reconnaît, que ce n'est là qu'une simple indication qu'il appartient aux juges d'apprécier souverainement, suivant les cas (comp. L. 4 ff. *de in Integr. restit.;*

Toullier, t. IV, n° 575; Duranton, t. X, n° 288; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 257).

101. — C'est que, en effet, la lésion en ce qui concerne la restitution des mineurs, a un caractère spécial, qui ne permet pas de la confondre avec la lésion, dans son application aux conventions passées par le majeur, lorsqu'elle y est une cause de rescision.

Généralement, entre majeurs, on entend par lésion le préjudice qui résulte, pour l'une des parties, dans un contrat commutatif, de la disproportion de valeur entre la dation, le fait ou l'abstention auxquels elle s'engage envers l'autre partie, et la dation, le fait ou l'abstention auxquels cette partie s'engage envers elle (comp. le t. I de ce *Traité*, n° 191).

Mais la disposition de l'article 1305 doit être entendue dans un sens plus large.

C'est ce qui résulte de la formule même, que le législateur y a employée : *la simple lésion.*

Et cette formule ainsi comprise est, en effet, conforme aux traditions antérieures soit du Droit romain, soit de notre ancien Droit français (comp. L. 6, 44, et 49 ff. *de Minoribus;* Argou, Inst., t. II, p. 404-405).

Un mineur pourrait donc être considéré comme ayant éprouvé une lésion, lors même qu'il n'aurait subi aucune diminution dans son patrimoine.... « *non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur,* » disait Ulpien (l. 6, *supra cit.*), qui est loin, comme on voit, d'exiger le *grande damnum,* comme un autre de ses fragments pourrait le faire croire. (l. 49 *h. t.*)

C'est un immeuble, par exemple, que le mineur a acheté à son vrai prix, 100 000 fr., tout ce qu'il vaut!

Mais le voilà, par suite de cette acquisition, jeté dans les embarras et les frais d'un procès !

Il se pourra qu'on doive dire, en cas pareil, qu'il a éprouvé une lésion, conformément à l'article 1305.... « *cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.* »

(L. 6, *supra*; comp. Larombière, t. IV, art. 1305, n° 15.)

102. — Ajoutons qu'il n'est pas non plus nécessaire que la lésion se produise comme une conséquence directe et immédiate résultant, intrinsèquement, de l'acte même qui a été passé par le mineur.

Elle pourrait être une cause de rescision, lors même qu'elle se produirait seulement d'une manière indirecte et médiate, résultant de circonstances extrinsèques, si elle s'y rattachait comme une conséquence qu'il était possible de prévoir, d'après le cours ordinaire des choses, eu égard à la nature et à l'objet de la convention.

Le mineur a acheté un immeuble à sa vraie valeur, à un prix même peut-être avantageux.

Mais il n'avait pas l'argent nécessaire pour le payer.

Et le voilà sous le coup de poursuites en expropriation!

Ou c'est lui qui a vendu un immeuble à sa vraie valeur aussi, et même avantageusement!

Mais à peine le prix est-il dans ses mains, qu'il le dissipe!

Il se pourra que, dans l'un et l'autre cas, l'affaire qui paraissait bonne en soi, à première vue, doive être, relativement au mineur, considérée comme mauvaise et lésionnaire.

Mourlon nous paraît avoir exactement formulé cette règle :

« La rescision, dit-il, doit être admise : 1° lorsque le contrat a causé au mineur une perte présente dans ses biens ; 2° lorsque la perte, qu'il a éprouvée, est une suite naturelle de la position périlleuse, que lui avait faite le contrat. » (*Répét. écrit.* t. II, p. 796; comp. l. 27, § 1, ff., *De Minoribus;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 256; Villequez, *Revue historique,* 1861, t. VII, p. 27; Colmet de Santerre, t. V n° 271 *bis,* II.)

103. — Il y a une limite pourtant!

L'article 1306 la pose, très-juridiquement et très-équitablement, en ces termes :

« Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, « lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et im- « prévu. »

Le mineur a acheté une maison 100 000 fr.

Le marché est bon ; la maison lui convenait ; elle vaut ce prix ; il a disponible, pour le payer, tout l'argent nécessaire.

Cette acquisition est donc un acte intelligent de sa part.

Mais la maison est incendiée par le feu du ciel !

C'est pour le mineur acquéreur qu'elle périt.

La loi, en effet, restitue le mineur contre la faiblesse de son jugement et son inexpérience.

Elle ne le restitue pas, elle ne pouvait pas le restituer contre les événements de force majeure.

Pourtant, dira-t-on, si le mineur n'avait pas acheté cette maison, ce n'est pas pour lui qu'elle aurait péri.

Il est vrai !

Mais cette perte n'est pas la conséquence ni directe, ni indirecte, ni prochaine, ni éloignée, de l'acquisition qu'il a faite.

Elle en est seulement l'occasion ; voilà tout. (Comp. le t. IV de ce *Traité*, n°s 195, 196.)

104. — Il faut, du reste, ainsi que notre article le déclare, que cette lésion ,postérieure à l'acte, résulte d'un événement casuel et imprévu.

Nous supposions plus haut que le mineur a loué, pour 5000 fr. par an, une maison qui, au moment du bail, se trouvait louée à sa vraie valeur, mais que, depuis le bail, une voie nouvelle de communication avait fait doubler, dans le quartier où elle se trouve, le prix des loyers.

C'est irréparable ! avons-nous dit. (*Supra*, n° 96.)

Oui, c'est irréparable, si, au moment où le bail a été

passé, on ne pouvait pas prévoir l'établissement de cette voie nouvelle de communication.

Mais il pourrait y avoir là, au contraire, une action en nullité ou en rescision pour cause de lésion, si déjà il en était question, lorsque le bail a été passé.

105. — Nous avons remarqué que l'article 1305 est général.

C'est *contre toutes sortes de conventions*, qu'il ouvre, au profit des mineurs, une action en nullité ou en rescision pour cause de lésion;

Et par conséquent aussi contre les conventions aléatoires, de même que contre les autres conventions simplement commutatives.

Or, on comprend les difficultés d'appréciation, qui peuvent alors s'élever, et qu'il peut être embarrassant de décider si le mineur, qui a fait un contrat aléatoire, éprouve ou n'éprouve pas une lésion.

Car le sort d'une convention aléatoire, les gains ou les pertes, qui peuvent en résulter, dépendent d'un événement incertain, qui n'est pas au pouvoir des parties (art. 1964; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 192).

Il n'en faut pas moins pourtant y appliquer notre règle.

C'est aux magistrats, à leur discernement et à leur expérience, qu'il appartient de peser les chances de part et d'autre, et de décider, en fait, eu égard à la nature de la convention et des éventualités, qui s'y rattachaient, si elle a causé au mineur une lésion (comp. Cass. 18 juin 1844, Rovel, Dev., 1844, I, 497; Larombière, t. IV, art. 1306, n° 7).

106. — Aussi, les magistrats décident-ils, en fait, ces sortes de questions.

D'où il suit que leurs décisions ne sauraient être, de ce chef, déférées à la Cour de cassation. (Comp. le t. V. de ce *Traité*, n° 198; Cass. 18 juin 1844, Rovel, Dev., 1844, I, 497; Cass. 24 janv. 1855, Mould, Dev., 1855,

I, 56; Cass. 8 août 1859, Bertrand, Dev., 1860, I, 460; Cass. 28 avril 1861, Vadon, Dev., 1861, I, 625.)

107. — Le législateur n'aurait pas sérieusement pourvu à la protection des mineurs, s'il ne l'avait pas garantie par des sanctions de nature à la leur assurer dans tous les cas.

Tel est le but de l'article 1307 :

« La simple déclaration de majorité, faite par le mi-
« neur, ne fait pas obstacle à sa restitution. »

On trouve, dans toutes les législations, cette disposition prévoyante.

Il y a, au Code de Justinien, tout un titre avec cette rubrique : « *Si minor se majorem dixerit.* (Lib. II, tit. XLIII.)

Et, dans notre ancienne jurisprudence, plusieurs arrêts du Parlement de Paris défendirent aux notaires de ne plus insérer, dans les contrats ou obligations pour prêts, les déclarations de majorité et extraits baptistaires; et à toutes personnes, de prêter aux fils de famille sur simple déclaration de majorité, et sur le vu d'extraits baptistaires, à peine de nullité des promesses (comp. arrêts des 6 mars 1620; 26 avril 1629; 6 fév. 1691; 18 fév. 1716; Louet, lettre *M*, somm. 7, n°s 4 et suiv.; Domat, *Lois civ.* Part. I, liv. IV, tit. VI, sect. II, n° 7).

108. — C'est que, en effet, l'incapacité, que la loi décrète en faveur du mineur, serait vaine, s'il était possible de s'y soustraire par une simple déclaration, de majorité.

D'autant plus que ces déclarations deviendraient de style, dans toutes les conventions qui seraient passées par des mineurs.

Notre texte donc dispose qu'on ne doit pas en tenir compte, et qu'elles ne font pas obstacle à la restitution pour cause de lésion.

Et cela, sans distinguer :

Si c'est l'autre partie, qui a demandé cette déclaration au mineur, qui ne l'offrait pas;

Ou si c'est le mineur qui a offert cette déclaration à l'autre partie, qui ne la demandait pas.

Trompé ou trompeur, il n'importe!

Le mineur peut, dans l'un comme dans l'autre cas, former son action en nullité ou en rescision pour cause de lésion.

109. — Entendons-nous pourtant.

Quand nous disons que le mineur, *trompeur*, n'en pourra pas moins demander la nullité pour cause de lésion, de l'acte passé par lui, nous supposons, comme le suppose notre texte, que ce n'est que *par une simple déclaration de majorité*, qu'il a trompé l'autre partie.

Dans ce cas, en effet, cette partie, fût-elle de bonne foi, a commis une imprudence, dont il n'est pas injuste qu'elle supporte les suites. Elle devait être mieux avisée, et s'informer de l'âge de la personne avec laquelle elle contractait.

Mais la solution serait différente, si le mineur ne s - tait pas borné à une simple déclaration de majorité, et s'il avait employé des manœuvres frauduleuses pour tromper l'autre partie sur son âge, par exemple s'il lui avait montré un faux acte de naissance « .... *cum, juxta statuta, errantibus, non etiam fallentibus minoribus, jura subveniant.* » (L. 2, Cod. *Si minor se maj. dix.*)

Il faudrait, dans ce dernier cas, appliquer, non pas l'art. 1307, mais l'article 1310 (comp. *infra*, n° 114; *Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu; *Rapport au Tribunat*, par Jaubert, Locré, Législat. civ. t. XII, p. 391 et 497; Toullier, t. IV, n°s 598-590; Duranton, t. XII, n° 299; Colmet de Santerre, t. V, n° 272 *bis*).

110. — Nous venons d'exposer la règle, d'après laquelle notre Code déclare le mineur restituable pour cause de lésion.

Il nous reste à mentionner les trois exceptions, qu'il apporte à cette règle, dans les articles 1308, 1309 et 1310.

a. Aux termes de l'article 1308 :

« Le mineur, commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art. »

Cette disposition n'est que la conséquence de l'article 487, que nous avons déjà exposé, et qu'il est nécessaire de rappeler :

« Le mineur émancipé, qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce. » (Comp. art. 2 et 6, Cod. de Comm.; notre *Traité de la Minorité*, etc., t. II, n°s 339 et suiv.)

111. — Nos textes ont en vue *le mineur commerçant* (art. 1308).... *le mineur, qui fait un commerce* (art. 487).

Mais il est clair qu'ils ne s'appliquent pas au mineur qui exercerait seulement, de fait, le commerce, sans y avoir été régulièrement autorisé.

Il faut, pour que cette exception lui soit applicable, que toutes les conditions exigées par le Code de commerce aient été remplies.

C'est ce qui résulte aussi, d'ailleurs, de ces mots de l'article 487 : *le mineur émancipé* (comp. art. 2 du Cod. de comm.; Merlin, Répert., v° *Mineur*, § 9, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 258).

112. — L'article 1308 étend toutefois la même exception au mineur *artisan*.

Or, ce mot n'est pas synonyme du mot *commerçant* (comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 799).

La loi, qui emploie l'un et l'autre, a sans doute en vue deux situations distinctes.

C'est que, en effet, dit M. Larombière, les relations sociales pour les choses les plus simples et de tous les jours, seraient constamment troublées et même impossibles, si un artisan pouvait, sous prétexte de lésion, demander, par exemple, son salaire, à dire d'experts. D'ailleurs, par cela même qu'il est apte à exercer un art, un métier, une profession, il est réputé avoir, quant à

leur exercice, tout le discernement d'un majeur, quel que soit son âge (t. IV, art. 1308, n° 3).

Pourtant, les garanties que le Code de commerce exige, dans l'intérêt du mineur, pour qu'il soit *commerçant*, ne sont pas exigées pour qu'il soit *artisan*.

Il est vrai!

Mais de deux choses l'une :

Ou le mineur est émancipé; et alors, il a par lui-même la capacité nécessaire à cet effet (comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. II, n° 262);

Ou il n'est pas émancipé; et alors, à défaut des formalités spéciales, que le Code de commerce exige, pour qu'il devienne *commerçant*, et qu'il n'exige pas pour qu'il devienne *artisan*, y a-t-il lieu du moins, suivant nous, d'exiger, pour que l'exception décrétée par l'article 1308 lui soit applicable, qu'il ait été assisté *de ceux sous l'autorité desquels il est placé* (comp. notre *Traité* précité, t. I, n°s 798-799).

113. — *b*. Aux termes de l'article 1309 :

« Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. »

C'est l'application de la règle : *habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias* (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n°s 22 et suiv.; et notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I, n° 794).

Nous en avons déjà trouvé, dans l'article 1095, une importante application (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n°s 427 et suiv.).

Et nous retrouverons plus tard la règle elle-même à sa vraie place, dans le titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, art. 1398; voy. toutefois art. 2140).

114. — *c*. Enfin, aux termes de l'article 1310 :

« Le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. »

Malitia supplet ætatem (l. 3, Cod., *Si minor se majorem dixerit*).

Il était impossible de permettre au mineur de se prévaloir de son incapacité civile, pour échapper à la règle d'équité, qui oblige toute personne à la réparation du dommage qu'elle cause à autrui par sa faute, sa négligence ou son imprudence (art. 1382, 1383).

Voilà ce que nous disions déjà dans notre *Traité de la Minorité*, etc. (t. I, n° 801).

115. — Nous avons ici à préciser cette explication.

Il ne faudrait pas, en effet, donner à la disposition générale des articles 1382 et 1383 une trop grande portée d'application, en ce qui concerne les mineurs.

Cette application se trouve nécessairement limitée, par la disposition spéciale de l'articles 1305, dont le but est précisément de restituer les mineurs contre les suites de la légèreté et de l'inexpérience de leur âge.

La Cour de cassation a rendu un arrêt, qui fait très-bien ressortir cette limite.

Un mineur avait souscrit un billet à ordre énonçant une fausse cause.

Assigné en payement de ce billet par un tiers porteur de bonne foi, il en a demandé l'annulation pour cause de lésion, comme ayant été souscrit par lui en minorité.

Le tribunal de commerce de Troyes, par jugement du 23 octobre 1854, avait rejeté sa prétention, en se fondant sur ce que « la faute par lui commise, en souscrivant un billet énonçant une fausse cause, constituait un quasi-délit, contre lequel il n'était pas restituable, aux termes des articles 1310 et 1382. »

Mais la Cour suprême a cassé ce jugement par un arrêt fortement motivé :

« Attendu que l'article 1305, en ouvrant, en faveur du mineur, l'action en rescision des conventions dans les-

quelles il a été lésé, a eu pour but de le protéger contre ses erreurs et imprudences, et, par exemple, contre la légèreté avec laquelle il apposerait sa signature sur une obligation sans juste cause, ou à laquelle une fausse cause servirait de prétexte; qu'ériger en quasi-délit la faute par lui commise, en souscrivant une telle obligation, serait anéantir les effets de la protection, que la loi a voulu étendre sur sa faiblesse, et qu'il y aurait contradiction à tirer du même fait ces deux conséquences : d'entraîner la rescision de la convention et de faire revivre les effets de cette convention, sous forme de réparation du dommage causé en la contractant; — Attendu que le concours d'Yonnet à la confection du billet à ordre qu'on lui a fait souscrire, mérite d'autant moins la qualification de quasi-délit, qu'on ne lui impute ni la recherche d'un bénéfice illicite, ni intention de fraude ou de tromperie; — Attendu que l'article 1382 n'écarte, à titre de réparation du dommage occasionné par la faute du mineur, la restitution contre les obligations par lui contractées, que dans les termes et dans les limites de l'article 1310.... »

Cette doctrine nous paraît tout à fait juridique. (Cass., 19 févr. 1856, Yonnet, Dev., 1856, I, 301; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 259; Larombière, t. IV, art. 1310, n° 3.)

116. — C'est seulement contre les obligations *résultant de son délit ou quasi-délit*, que le mineur n'est pas restituable, d'après l'article 1310.

D'où il faut conclure qu'il serait restituable, suivant la règle générale de l'article 1305 :

1° Soit contre l'aveu ou la reconnaissance, qu'il aurait fait d'un prétendu délit ou quasi-délit commis par lui;

2° Soit contre la transaction, qu'il aurait consentie pour une telle cause, en déterminant lui-même, par exemple, le montant des dommages-intérêts, dont il pouvait être tenu envers la partie lésée.

Autre est, en effet, le délit lui-même, ou le quasi-délit;

Autre est l'aveu ou la transaction! (Arg. de l'article 2046; comp. Delvincourt, t. II, p. 594; Toullier, t. IV, nos 587-588; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 258; Marcadé, art. 1310, n° 1; Larombière, t. IV, art. 1310, nos 6, 7.)

117. — Il est encore certaines obligations, contre lesquelles le mineur n'est pas restituable.

Telles sont les obligations qui résultent soit de la loi elle-même, soit du fait d'un tiers. (Art. 1370, 1375.)

Mais le moment n'est pas venu de les exposer.

Nous le retrouverons bientôt à la place où le législateur les a mises, dans le titre *des Engagements qui se forment sans convention.*

B

POUR QUE L'ARTICLE 1304 SOIT APPLICABLE, IL FAUT QUE L'ACTION SOIT FORMÉE PAR L'UNE DES PARTIES CONTRE L'AUTRE.

SOMMAIRE.

118. — Il faut, pour que l'article 1304 soit applicable, que l'action en nullité ou en rescision de la convention soit formée par l'une des parties contre l'autre, ou par les représentants de l'une contre les représentants de l'autre. — Explication.
119. — Suite. — De l'action Paulienne ou révocatoire.
120. — Suite. — De l'action, qui appartient aux héritiers du donateur, contre une donation entre-vifs nulle en la forme.
121. — Suite.

118. — Cette seconde condition se lie étroitement à la première; à ce point que l'on pourrait dire que les deux n'en font qu'une!

De ce que l'article 1304 n'est applicable que dans le cas où l'action est dirigée contre une convention, il résulte aussi, par cela même, que cet article n'est applicable que dans le cas où l'action est dirigée par l'une des parties contre l'autre, ou, bien entendu, par les succes-

seurs ou ayants droit de l'une des parties contre les successeurs ou ayants droit de l'autre.

En effet, un acte juridique ne peut avoir le caractère de convention qu'à l'égard de ceux qui y ont figuré comme parties.

A l'égard des tiers, il est *res inter alios acta.*

Aux termes de l'article 1165 :

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties « contractantes ; elles ne nuisent point au tiers ; et elles « ne lui profitent que dans le cas prévu par l'arti- « cle 1121. »

La convention n'est donc, à l'égard des tiers, qu'un simple fait.

Si ce fait leur est dommageable, ils peuvent exercer, de leur chef et en leur nom, une action, dont la cause dérive en général, suivant le Droit commun, des articles 1382, 1383.

Et, par conséquent, la durée de cette action est aussi, suivant le Droit commun, de trente ans, aux termes de l'article 2262.

Voilà bien ce qu'implique l'article 1304 lui-même ; car, en déterminant le point de départ des dix ans, auxquels il limite l'action, qu'il réglemente, cet article suppose toujours que l'action sera intentée par l'une des parties : soit par celle qui aura été victime d'une violence, d'une erreur, ou d'un dol ; — soit par une femme mariée ; — soit par un interdit ; — soit par un mineur, contre les actes passés par eux.

« Attendu, dit la Cour de cassation, qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que les quatre sœurs Barbotte n'ont pas été parties aux actes de donation de 1787 et 1788 ; — qu'ainsi l'article 1304 ne leur était pas applicable, non plus que l'article 435 de la Coutume de Normandie, entièrement étranger à l'espèce.... » (8 janv. 1838, Barbotte, Dev., 1838, I, 646 ; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 276 ; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 45.)

119. — C'est pourquoi nous pensons, malgré des dissidences considérables, que la prescription de trente ans est seule applicable à l'action Paulienne ou révocatoire, instituée par l'article 1167. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n°s 239-244.)

120. — Le même argument nous porte également à penser que la prescription de trente ans est seule applicable à l'action, qui appartient aux héritiers du donateur contre une donation entre-vifs nulle en la forme. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 296, et *supra*, n°s 51 et 60.)

Cette thèse, toutefois, est aussi fort controversée; et nous devons même reconnaître que la jurisprudence paraît consacrer la solution contraire.

L'article 1339, dit-on, dispose, il est vrai, que :

« Le donateur ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. »

Mais il en est autrement des héritiers du donateur.

Aux termes de l'article 1340 :

« La confirmation ou ratification, ou exécution volon-
« taire d'une donation par les héritiers ou ayants cause
« du donateur, après son décès, emporte leur renon-
« ciation à opposer soit les vices de forme, soit toute
« autre exception. »

Les héritiers du donateur peuvent, en conséquence, renoncer, par une confirmation expresse, à l'action en nullité, qui leur appartient contre la donation faite par leur auteur;

Or, s'ils peuvent y renoncer expressément, il n'y a pas de motif pour qu'ils n'y puissent pas renoncer tacitement.

L'application de l'article 1338 implique donc l'application de l'article 1304. (Comp. Angers, 22 mai 1834, Dev., 1834, II, 337; Bordeaux, 26 janv. 1841, Oulès, Dev., 1841, II, 616; Riom, 16 juin 1843, de Goulange,

Dev., 1843, II, 543; Toulouse, 27 avril 1861, Dubemad, Dev., 1861, II, 393; Cass., 5 mai 1862, Dubernat, Dev., 1862, I, 561; Lyon, 20 août 1869, Levrat, Dev., 1870, II, 124; Vazeille, *des Prescriptions*, t. II, n° 546, Troplong, *des Donations*, t. III, n° 1086; Colmet de Santerre, t. V, n° 313 *bis*.)

121. — Mais nous avons déjà répondu que si les conventions, qui sont susceptibles de confirmation tacite, d'après l'article 1304, sont également susceptibles de confirmation expresse, d'après l'article 1338, la réciproque n'est pas exacte;

Et qu'il est, au contraire, des conventions, qui sont susceptibles de confirmation expresse, d'après l'article 1338, et qui ne sont pas susceptibles de confirmation tacite, d'après l'article 1304.

C'est que, en effet, la confirmation tacite, d'après l'article 1304, exige certaines conditions spéciales.

Notamment, il faut, pour que l'article 1304 puisse être appliqué, que l'action soit formée par l'une des parties contre l'autre, et non point par un tiers, étranger à la convention, agissant de son chef, en son propre nom.

Or, à quel titre les héritiers du donateur forment-ils une action en nullité de la donation entre-vifs faite par leur auteur?

Est-ce de son chef, en leur qualité d'héritiers, comme exerçant ses droits?

Apparemment non! car, à l'égard du donateur, la donation était nulle et non pas seulement *annulable;* et leur auteur ne leur a pas transmis *une action en nullité,* qui ne lui était pas nécessaire, à lui, et qu'en effet il n'avait pas.

Il serait étrange d'ailleurs que la loi considérât qu'ils ont été représentés par leur auteur, dans cet acte même, par lequel il entreprenait de les dépouiller des droits, qu'elle leur accorde.

C'est donc de leur propre chef, et en leur nom personnel, que les héritiers exercent cette action.

C'est donc par suite aussi l'article 2262, et non pas l'article 1304, qui leur est applicable.

Car les héritiers, exerçant une telle action sont véritablement des tiers.

Et voilà bien ce que M. Bigot-Préameneu déclarait dans l'*Exposé des motifs* des articles 1339 et 1340 :

« Il est, disait-il, dans certains actes, des vices qui ne peuvent être réparés par ce moyen ; ce sont les vices de forme, qui, dans un acte de donation entre-vifs, entraînent la nullité, aux termes de la loi.... Ces formes ont été prescrites pour l'intérêt des tiers... ; au nombre des tierces personnes, que ces formes intéressent, sont les héritiers ou ayants cause du donateur. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 405.)

Cette explication tranche, suivant nous, la question. (Comp. Marcadé, art. 1340, n° 3 ; Saintes près Lescot, *des Donations*, t. III, n° 581 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 276-277.)

C

Pour que l'article 1304 soit applicable, il faut que l'action soit fondée sur un moyen de nullité ou de rescision.

SOMMAIRE.

122. — Il faut, pour que l'article 1304 soit applicable, que l'action soit fondée sur un moyen de nullité ou de rescision. — Explication.
123. — Suite.
124. — Des actions en résolution ou résiliation.
125. — Des actions en réduction contre les dispositions à titre gratuit pour cause d'atteinte à la réserve.
126. — Des actions en répétition de l'indu.
127. — Des actions en rectification de compte.
128. — Des actions en déclaration de simulation.

122. — L'action est dirigée contre une convention. Elle est dirigée par l'une des parties contre l'autre. Ces deux conditions ne suffisent pas.

Il en faut encore une troisième; à savoir : que l'action soit fondée sur un moyen de nullité ou de rescision.

L'article 1304 est, à cet égard, formel, d'accord avec tous les autres textes, qui se rapportent à notre matière (art. 1115, 1117, 1338, etc.).

Les actions en nullité ou en rescision sont d'ailleurs généralement très-reconnaissables; elles s'attaquent à un vice contemporain de la formation de la convention, et qui l'a empêchée, en effet, de se former d'une manière régulière et irrévocable.

Ces vices, qui résultent de l'absence de l'une des conditions exigées par la loi pour la validité des conventions, nous les avons indiqués déjà : vices du consentement; — incapacité personnelle; — lésion (comp. *supra*, n° 77).

Ce caractère étant donné, il est facile de les distinguer des autres actions, qui peuvent être dirigées contre les conventions, et qui se trouvent en dehors de la disposition spéciale de l'article 1304, pour demeurer sous l'empire de la disposition générale de l'article 2262.

123. — Les actions, qui se trouvent ainsi en dehors de l'article 1304, sont nombreuses et importantes.

Il faut pourtant les y laisser, si grande que puisse être la similitude, qui les rapproche des actions en nullité ou en rescision, et lors même que les motifs d'intérêt public et privé, qui ont fait introduire la prescription de l'article 1304, paraîtraient en réclamer aussi, pour elles, l'application ; comme dans le cas de l'action Paulienne (*infra*, n° 119).

On peut demander, il est vrai, avec quelque étonnement, pourquoi une différence si considérable a été faite entre ces deux classes d'actions.

Une prescription d'une durée de dix ans seulement pour les unes ;

Et une prescription d'une durée deux fois plus longue pour les autres !

Nous pensons que l'explication en est, surtout, historique.

Nos actions françaises en nullité ou en rescision procèdent, comme on l'a vu, des *restitutiones in integrum;* et elles ont toujours, à travers les âges, conservé, pour ainsi dire, l'empreinte de leur origine romaine.

Or, chez les Romains, les *in integrum restitutiones* constituaient des dérogations au *jus ipsum;* et si favorables que pussent paraître ces secours, par lesquels le Préteur subvenait équitablement aux parties victimes, soit de l'erreur, du dol ou de la violence, soit de l'inexpérience de l'âge, ils n'en modifiaient pas moins profondément le vieux Droit civil, qui n'avait pas admis ces tempéraments.

Et de là, sans doute, la courte durée de temps dans laquelle ils avaient été renfermés.

Il est permis de supposer que cette considération, tout étrangère qu'elle fût à nos lois et à nos mœurs françaises, n'a pas été néanmoins sans influence sur la durée plus courte, à laquelle l'action en nullité ou en rescision fut soumise par les anciennes Ordonnances.

Et voilà comment il est advenu que le législateur de 1804, maintenant, à son tour, ces actions en nullité ou en rescision, a conservé le délai de la prescription, qui leur avait été, depuis longtemps, imparti.

Philosophiquement, d'ailleurs, cette différence entre les actions en nullité ou en rescision et les autres actions qui n'ont pas ce caractère, pourrait être aussi expliquée.

Par cela même, en effet, que les actions en nullité ou en rescision s'attaquent aux vices, qui ont accompagné la formation même de la convention, à son origine, il importe qu'elles se produisent dans un délai relativement court.

Car les preuves peuvent dépérir, avec le temps, par l'oblitération des souvenirs, par le décès des témoins, etc.; et tels sont précisément les motifs, sur lesquels les Or-

donnances de 1510 et 1535 sont fondées (*supra*, n° 16).

124. — Le principe constitutif de la différence entre les actions en nullité ou en rescision et les autres actions, qui n'ont pas ce caractère, étant une fois posé, il nous suffira d'énoncer celles des actions les plus importantes de cette dernière catégorie, qui ne rentrent pas dans les termes de l'article 1304.

Cette catégorie comprend donc :

I. Les actions en résolution ou en résiliation.

Voici un vendeur, qui demande la résolution de la vente contre l'acheteur, pour défaut de payement du prix (art. 1654).

Ou c'est un donateur, qui demande la révocation de la donation entre-vifs contre le donataire, pour cause d'inexécution des conditions (art. 953-954).

L'action, dans l'un et dans l'autre cas, sera recevable pendant trente ans (art. 2262; comp. *supra*, n° 38; notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 602; Toullier, t. IV, n° 551; Duranton, t. XII, n° 552; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 277; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 44; Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis*, x).

125. — II. Les actions en réduction soit contre les testaments, soit contre les donations entre-vifs, pour cause d'atteinte à la réserve (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. II, n°s 235-237).

126. — III. Les actions en répétition de l'indu (art. 1376-1377; comp. Amiens, 9 mai 1823, Sirey, 1826, II, 165; Cass., 19 janv. 1831, Dev., 1831, I, 157; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 277; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 28).

127. — IV. Les actions en rectification de compte (art. 541 Code de Procéd.; comp. Bordeaux, 10 juin 1828, Sirey, 1828, II, 268; Cass., 31 déc. 1833, Dev., 1834, I, 104; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Compte;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 277).

128. — V. Les actions en déclaration de simulation.

Une convention, qualifiée de vente, a été faite, il y a plus de dix ans, entre Pierre et Paul.

Et voilà que Pierre forme, contre Paul, une action aux fins de faire déclarer que cette prétendue vente n'est, en réalité, qu'un contrat pignoratif ou une antichrèse.

Il est trop tard! a-t-on répondu; cette action était soumise à l'application de l'article 1304; et les dix ans, à partir de l'acte, sont accomplis (comp. Limoges, 2 août 1839, Tixier, Dev., 1840, II, 62).

Tel n'est pas notre sentiment.

Est-ce une action en rescision ou en nullité, que Pierre forme contre Paul?

Nullement!

Ce qu'il demande, c'est que l'on détermine la nature de la convention, non pas pour en prononcer la nullité ou la rescision, mais pour lui faire produire les effets qu'elle doit produire, d'après sa véritable nature, c'est-à-dire d'après la véritable intention des parties.

Donc, une telle action doit être soumise à l'application, non pas de l'article 1304, mais de l'article 2262 (comp. Cass., 24 juill. 1817, D., Rec. alph., v° *Nantissement*, n° 224; Poitiers, 18 juill. 1838, Morillon, Dev., 1838, II, 391; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 278; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 59).

II

Quelle est la durée de l'action en nullité ou en rescision? Et quel est le point de départ de cette durée?

SOMMAIRE.

129. — Division.
130. — A. — La règle générale est que l'action en nullité ou en rescision dure dix ans. — Observation.
131. — Suite.
132. — Quel est le caractère de ce délai de dix ans, que l'article 1304 impartit à l'exercice de l'action en nullité ou en rescision? — Est-ce un délai préfix? — Est-ce une prescription ordinaire? — Exposition.
133. — Suite.

134. — Suite.
135. — Suite.
136. — La prescription de dix ans, établie par l'article 1304, s'applique t-elle seulement à l'action ? — Ou s'applique-t-elle aussi à l'exception ? — En d'autres termes, notre Code a-t-il consacré la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum?*
137. — Suite.
138. — Suite.
139. — Suite.
140. — Régulièrement, le délai de dix ans appartient, tout entier, à la partie, qui a le droit d'exercer une action en nullité ou en rescision. — L'autre partie pourrait-elle néanmoins la mettre en demeure de choisir et de se prononcer entre la validité ou la nullité de la convention ?
141. — B.— Quel est le point de départ de la durée de l'action en nullité ou en rescision ? — Transition.
142. — En principe, la prescription de dix ans, établie par l'article 1304, commence à courir du jour de la convention.
143. — Ce principe comporte certaines exceptions, que l'article 1304 décrète pour des cas particuliers. — Explication.
144. — Suite.
145. — Le délai de dix ans ne commence, dans le cas de violence, d'erreur ou de dol, que du jour de la cessation de la violence, ou du jour de la découverte de l'erreur ou du dol.
146. — *a.* — Lorsque l'action en nullité ou en rescision est formée plus de dix ans après la convention, laquelle des deux parties doit prouver que la violence n'a cessé, ou que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans ?
147. — *b.* — De quelle manière cette preuve peut-elle être faite ?
148. — L'article 1304 ne détermine pas un point de départ spécial, en ce qui concerne la durée de l'action en rescision pour cause de lésion, entre majeurs. — Quel doit être ce point de départ ?
149. — Le délai de dix ans, en ce qui concerne les actes passés par les femmes mariées non autorisées, ne commence à courir que du jour de la dissolution du mariage
150. — En est-il, à cet égard, de même de l'action en nullité ou en rescision, qui appartient au mari ?
151. — La prescription de dix ans, qui avait commencé à courir contre la femme devenue veuve, continuera-t-elle de courir contre elle, pendant le nouveau mariage qu'elle aurait contracté ?
152. — La disposition spéciale de l'article 1304, en ce qui concerne les femmes mariées, ne s'applique d'ailleurs qu'au défaut d'autorisation. — Conséquence.
153. — A l'égard des actes faits par les mineurs, le délai ne court que du jour de la majorité. — Explication.
154. — Peu importe qu'il s'agisse d'un acte fait par le mineur lui-même, ou d'un acte fait par le tuteur, au nom du mineur.
155. — Suite.
156. — A l'égard des actes faits par les interdits, le délai ne court que du jour où l'interdiction est levée.

157. — Que faut-il décider, à l'égard des actes faits par les individus pourvus d'un conseil judiciaire?
158. — Le troisième alinéa de l'article 1304 est-il applicable aux actes antérieurs à l'interdiction, et qui peuvent être annulés, conformément à l'article 503, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ils ont été faits?
159. — L'article 39 de la loi du 30 juin 1838 fixe un point de départ spécial au délai de l'action en nullité, en ce qui concerne les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, sans que son interdiction ait été prononcée ou provoquée. — Observation.
160. — Suite.
161. — Quel sera le point de départ du délai de l'action en nullité, en ce qui concerne les actes faits par une personne en état de démence, qui n'a été ni interdite, ni placée dans un établissement d'aliénés?
162. — Lorsqu'une personne est décédée en état de minorité ou d'interdiction, c'est à partir du jour de son décès, que la prescription de l'action en nullité ou en rescision commence à courir contre ses héritiers. — Renvoi.
163. — La règle générale, d'après laquelle le délai de dix ans commence à courir du jour de l'acte, doit-elle être appliquée au cas où la convention, sujette à l'action en nullité ou en rescision, a été faite sous un terme ou sous une condition suspensive?
164. — La prescription spéciale de l'article 1304 est-elle distincte et indépendante de la prescription générale de l'article 2262? — Ou, au contraire, la prescription spéciale rentre-t-elle elle-même dans la prescription générale, pour s'y confondre et s'y éteindre?
165. — Suite.
166. — Suite.

129. — Nous avons maintenant à examiner :

A. — Quelle est la durée de l'action en nullité ou en rescision;

B. — Quel est le point de départ de cette durée (*supra*, n° 45).

130. — A. Aux termes du premier alinéa de l'article 1304 :

« Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision « d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps « par une loi particulière, cette action dure dix ans. »

Telle est la règle générale, qui s'applique aujourd'hui, sans distinction entre les actions en rescision et les actions en nullité.

On se rappelle la différence qui existait autrefois, quant à la durée, entre les unes et les autres, et que les actions

en rescision seules se prescrivaient par dix ans; tandis que les actions en nullité ne se prescrivaient que par trente ans, sauf l'exception relative à l'action en nullité pour cause de minorité (comp. *supra*, n°s 15-17).

Cette différence a disparu, et devait nécessairement disparaître, par suite de l'assimilation complète, dans laquelle le législateur nouveau a confondu les actions en rescision et les actions en nullité.

Les motifs que les anciennes Ordonnances donnaient de cette abréviation de la durée ordinaire de la prescription, sont encore ceux qui expliquent la disposition de l'article 1304 :

« .... Afin que les domaines et propriétés des choses « ne soient incertaines et sans sûreté ès mains des posses- « seurs d'icelles, et que la preuve des parties ne périsse ou « ne soit rendue difficile par le laps de temps.... » (art. 46 « de l'Ordonn. de 1510).

131. — Dix ans donc de durée;

Telle est, disons-nous, la règle générale, *le maximum*, pour toute action en nullité ou en rescision;

A moins qu'une loi particulière ne l'ait exceptionnellement limitée à une durée moindre pour une action spéciale.

C'est ainsi que, aux termes de l'article 1676, premier alinéa :

« La demande (en rescision ou en nullité de la vente, « d'un immeuble, pour cause de lésion) n'est plus rece- « vable, après l'expiration de deux années, à compter du « jour de la vente. »

De même, en ce qui concerne le contrat de société, l'article 1854, prévoyant le cas où les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, dispose, que :

« Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est « écoulé plus de trois mois, depuis que la partie, qui se « prétend lésée, a eu connaissance du règlement, ou si ce

« règlement a reçu de sa part un commencement d'exécu-
« tion. » (Comp. art. 183, au titre *du Mariage;* et *infra*, n° 134.)

132. — Mais quel est le caractère de ce délai de dix ans, que l'article 1304 impartit à l'exercice de l'action en nullité ou en rescision?

Est-ce un délai préfix et invariable, dont l'expiration emporte fatalement déchéance?

Est-ce seulement une prescription, qui demeure soumise aux règles du droit commun ?

Nous avons rencontré déjà cette importante question sur l'article 475, où elle s'élève en ce qui concerne le délai de dix ans, auquel cet article limite toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle; et nous en avons renvoyé l'examen à la place où nous voici arrivé (comp. notre *Traité de la Minorité*, etc., t. II, n° 153).

Cette question est, en effet, très-importante.

Est-ce un délai préfix et uniforme, que l'article 1304 établit?

Pas d'interruption! pas de suspension!

Est-ce une prescription?

Elle sera soumise aux règles ordinaires, par suite desquelles la prescription, en général, peut être interrompue ou suspendue.

Un mineur devient héritier d'un majeur, dans la succession duquel se trouve une action en nullité ou en rescision, dont le délai a commencé à courir.

Le délai continue-t-il de courir contre le mineur, comme il courait contre le majeur? — ou sera-t-il suspendu par la minorité de l'héritier?

Même question, en ce qui concerne l'interdit, qui deviendrait héritier du majeur, auquel appartenait l'action en nullité ou en rescision? (Art. 2252.)

On peut supposer aussi que la personne, qui a le droit de former une action en nullité ou en rescision, et la

personne, contre laquelle cette action doit être formée, s'unissent par le mariage. Le délai courra-t-il maintenant que le futur demandeur et le futur défendeur sont devenus mari et femme? ou sera-t-il suspendu, en vertu de l'article 2253, qui porte que la prescription ne court point entre époux?

Tel est l'intérêt de cette thèse.

133. — Pour soutenir qu'il s'agit, dans l'article 1304, non pas d'une prescription, mais d'un délai préfix et invariable, on argumente ainsi :

1° C'est ce qu'implique, dit-on, la rédaction même de ce texte.

Le mot : *prescription*, y est-il?

Non!

Le texte se borne, dans sa disposition première, à impartir à l'exercice de l'action un délai dont l'expiration produit la déchéance du droit.

Et, lorsque déterminant ensuite le point de départ de ce délai, il s'occupe des mineurs et des interdits, la seule hypothèse, qu'il a en vue, est celle où l'acte, qui donne naissance à l'action en nullité ou en rescision, *a été fait par le mineur* ou *par l'interdit*.

C'est dans cette hypothèse, que l'article 1304 dispose que le délai ne court pas contre eux, c'est-à-dire contre les parties contractantes elles-mêmes, tant que dure leur minorité ou leur interdiction.

Mais cette disposition du texte est étrangère à l'hypothèse d'un mineur ou d'un interdit, qui, n'ayant pas, de son propre chef, l'action en nullité ou en rescision, devient héritier de la partie contractante à laquelle cette action appartenait.

Ce qui résulte alors du texte même, c'est que le délai court contre le mineur ou l'interdit, dans cette hypothèse, qui se trouve exclue implicitement de sa disposition.

2° Il s'agit, en effet, dans l'article 1304, d'un délai

fixé pour l'exercice de certaines actions d'une nature spéciale.

Or, l'article 2264 dispose que :

« Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre, sont expliquees dans les titres, qui leur sont propres. »

Et on ne trouve, dans le titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, aucune disposition qui suspende le cours du temps accordé pour exercer les actions en nullité ou en rescision des conventions, à raison de la minorité ou de l'interdiction de l'héritier de celui qui avait cette action.

Il faut donc assimiler le délai de l'article 1304 à tous ces délais, plus ou moins longs, que la loi accorde pour l'exercice de certaines actions spéciales, dont le cours n'est pas suspendu par les minorités ou les interdictions (comp. art. 1623, 1648, 1654, 1663, 1676 Code Napol.; 444 Code de procéd., etc.).

Et ce qui prouve que les *suspensions* ne doivent pas être admises dans le cas de l'article 1304, c'est que les *interruptions*, que les articles 2244, 2245 et 2248 autorisent pour la prescription en général, y seraient, en effet, inadmissibles !

Un commandement ou une saisie?

Mais tant que l'action en nullité ou en rescision n'a pas été exercée et n'a pas réussi, la partie à laquelle elle appartient, n'a pas de titre exécutoire !

Une citation en justice ?

Mais ce ne serait pas là seulement une interruption; ce serait l'exercice même de l'action !

Et, quant à la reconnaissance de la nullité par celui contre lequel l'action pouvait être exercée, il est clair qu'il n'y aurait plus à agiter, après cela, une question de délai pour l'exercice de l'action.

3° Enfin, dit-on, le but que le législateur s'est proposé, en décrétant la disposition de l'article 1304, ne

serait pas atteint si le délai, qu'il impartit, était suspendu par les minorités, par les interdictions et par le mariage.

Le législateur a voulu consolider la propriété, maintenir les droits résultant des contrats.

Et, à cet effet, il a abrégé considérablement la durée du temps requis pour prescrire.

Le motif essentiel, qui a dicté la disposition de l'article 1304, exige donc que cette durée soit invariable et ne puisse jamais être de plus de dix ans; tandis qu'elle pourrait être beaucoup plus longue, de vingt ans, de trente ans, de quarante ans, et plus, si des minorités et des interdictions sucessives pouvaient en arrêter le cours!

On ajoute qu'il y aurait même contradiction dans la loi, si elle devait être ainsi entendue.

Comment! le délai de l'action en rescision pour cause de lésion dans le prix de vente d'un immeuble, qui n'est que de deux ans, court néanmoins, aux termes de l'article 1676 : *contre les femmes mariées, contre les absents, les interdits, et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu.*

Et le délai des actions en nullité ou en rescision, qui est de dix ans, ne courrait pas contre eux;

Ce délai, qui est cinq fois plus long, et qui s'applique souvent à des intérêts bien moins considérables!

Ce serait évidemment là une inconséquence. (Comp. Angers, 22 mai 1834, Dev., 1834, II, 337; Toullier, t. IV, n° 615; Duranton, t. XII, n° 548; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 479.)

134. — Notre avis est, au contraire, malgré cette argumentation, que l'article 1304 établit une prescription ordinaire, à laquelle il faut appliquer les règles générales de la prescription, et que notamment elle ne court pas contre les mineurs et les interdits, lors même qu'elle a commencé à courir contre un majeur, auquel ils ont succédé :

1° Telles sont d'abord les traditions soit du Droit romain, soit de notre ancien Droit français.

Ulpien était, à cet égard, fort explicite :

« Interdum tamen successori plus quam annum dabi-
« mus, ut est Edicto expressum ; *si forte ætas ipsius sub-*
« *veniat.* » (L. 19, ff. *de Minoribus viginti quinque annis.*)

Pothier ne s'exprimait pas moins formellement :

« Lorsqu'un héritier mineur, dit-il, succède à un majeur, qui était dans le temps de la restitution contre quelque acte qu'il avait passé, ce qui restait de ce temps au défunt ne courra point pendant la minorité de son héritier; lequel aura, depuis sa majorité, le temps qui restait au défunt, pour se faire restituer du chef du défunt. » (*Traité de la Procédure civile,* part. V, chap. IV, art. 2, § 6.)

L'Ordonnance de juin 1510 portait, il est vrai, que « *toutes rescisions.... se prescriront par le laps de dix ans* CONTINUELS.... »

Mais Thévenot expliquait très-bien le sens de ce mot, qui a été employé, disait-il, pour indiquer « *que les jours de fête ne sont ôtés, ni le temps d'absence ou vacation.* » (Liv. II, tit. XXII, p. 373-374.)

2° Pourquoi le législateur de notre Code aurait-il dérogé à ces traditions ?

Il n'y aurait d'un tel changement aucun motif.

La nature de ce délai est, en effet, restée la même.

Et c'est bien toujours d'une véritable prescription, qu'il s'agit, d'une prescription, disons-nous, qui s'applique à des biens qui sont dans notre patrimoine, à des droits qui nous sont acquis, suivant la loi commune, et qui ne doivent logiquement périr que suivant les règles de la loi commune !

Aux termes de l'article 2219 :

« La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi;

Or, le laps de temps déterminé par l'article 1304, est, pour la partie contre laquelle l'action en nullité ou en rescision d'une convention peut être dirigée, un moyen de se libérer de l'obligation de restituer le droit, qui est née, à son profit, de cette convention;

Donc, le délai déterminé par l'article 1304, a véritablement le caractère d'une prescription.

C'est là aussi ce qui résulte de l'article 2262, aux termes duquel : « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans. »

Le mot : prescription, n'est pas dans l'article 1304 !

Qu'importe, si la chose y est. Est-ce qu'il est nécessaire, quand le législateur décrète une prescription, qu'il emploie cette expression elle-même?

Et quand on ajoute que l'article 1304 ne fait que prononcer une simple déchéance, l'argument ne saurait paraître bien sérieux.

Toute prescription, en effet, aboutit nécessairement à la déchéance, c'est-à-dire à l'extinction du droit; et s'il suffisait de prétendre, pour effacer le caractère d'une prescription, qu'il s'agit d'une déchéance, on ferait disparaître toutes les applications de la prescription, même les plus certaines et les mieux caractérisées.

3° La doctrine, que nous combattons, se met d'ailleurs en contradiction avec elle-même, lorsque, tout en prétendant que l'article 1304 établit une simple déchéance et non pas une prescription, elle invoque pourtant à son aide l'article 2264, qui porte que :

« Les règles de la prescription sur d'autres objets que « ceux mentionnés dans le présent titre, sont expliquées « dans les titres qui leur sont propres. »

Invoquer cet article, en effet, c'est reconnaître qu'il s'agit, dans l'article 1304, d'une prescription, et non pas simplement, comme on dit, d'un délai préfix, dont la seule expiration entraîne toujours fatalement déchéance.

Sur ce terrain encore, d'ailleurs, il est facile de répondre.

C'est abuser de la disposition de l'article 2264, que d'en induire que toutes les règles de la prescription sont inapplicables aux cas particuliers de prescription, que le législateur a établis dans d'autres titres.

Ce que veut dire seulement l'article 2264, c'est que les dispositions générales du titre de la prescription n'abrogent pas les dispositions spéciales, que le législateur a édictées, sur la prescription, dans d'autres titres.

Ces dispositions spéciales conservent donc leur force;

Mais en tant, bien entendu, qu'elles sont, en effet, spéciales. (Comp. notamment l'article 960.)

En dehors de cette limite, elles demeurent soumises aux règles générales de la prescription.

Et vraiment, il le faut bien! quelles règles pourrait-on appliquer dans ces cas particuliers de prescription, si on n'appliquait pas les règles générales!

Or, l'article 1304 ne déroge aux règles générales de la prescription, qu'en ce qui concerne *la durée du temps requis pour prescrire.*

Et il est notable, en effet, que l'article 2264, auquel se relie la dérogation spéciale de l'article 1304, est placé au titre de la prescription, dans le chapitre v, intitulé : *Du temps requis pour prescrire.*

On objecte que la prescription de l'article 1304 ne pourra pas être *interrompue!*

Nous répondons qu'elle pourra être *suspendue!* ce qui est une très-importante application des règles générales sur la prescription.

Et même, quant à l'interruption, dont la nature du droit, qui nous occupe, rendra sans doute l'application moins fréquente, il est évident pourtant qu'elle pourra, aussi, dans le cas de l'article 1304, résulter d'une citation en justice, donnée devant un juge incompétent. (Art. 2246.)

4° Faut-il répondre maintenant à l'argument de la doctrine contraire, qui consiste à dire que l'article 1304, qui fait courir le délai à compter seulement de la majorité ou du jour où l'interdiction a été levée, s'applique aux actes passés par les mineurs ou par les interdits eux-mêmes, et non aux actes passés par ceux auxquels ils ont succédé?

Le législateur, dans l'article 1304, s'est proposé, non pas de déclarer que la prescription de dix ans serait suspendue en faveur des mineurs ou des interdits, mais bien d'en déterminer le point de départ; de même qu'il dispose que le temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé, etc., il dispose que le temps ne court, à l'égard des actes passés par les mineurs, que du jour de la majorité. Le but principal du texte est, dans les deux cas, le même; à savoir : marquer le point de départ de cette durée de dix ans. (Comp. *infra*, n° 142.)

Voulût-on, du reste, prétendre (ce que, pour notre part, nous n'admettons nullement) que cette disposition spéciale de l'article 1304, relativement aux mineurs et aux interdits, se rattache à la disposition générale de l'article 2252, qui suspend la prescription en faveur des mineurs et des interdits, ce qu'il faudrait en conclure, c'est qu'elle s'y rattacherait comme une application de la règle, et non pas comme une exception.

Pourquoi donc, en effet, le législateur aurait-il, dans ce cas, fait exception à la règle de l'article 2252?

Comment! la prescription de l'article 1304 serait suspendue, en faveur des mineurs et des interdits, à l'égard des actes qu'ils auraient eux-mêmes consentis;

Et elle ne serait pas suspendue, à l'égard de leurs héritiers mineurs ou interdits!

Mais c'est *a fortiori*, au contraire, qu'elle devait être suspendue en faveur des héritiers mineurs ou interdits de la partie qui a consenti l'acte rescindable; car cette partie, elle! sait bien ou pourra le plus souvent savoir

et se rappeler l'acte qu'elle a consenti; tandis que l'existence peut en être ignorée par les héritiers, qui y sont étrangers.

Quel est d'ailleurs le motif de la suspension de la prescription en faveur des mineurs et des interdits?

C'est la faveur, que mérite leur faiblesse! c'est que le législateur ne veut pas qu'ils soient victimes de l'impéritie et de la négligence de leur tuteur;

Or, ce motif d'ordre public est évidemment le même, dans tous les cas, soit qu'il s'agisse du mineur ou de l'interdit par qui l'acte a été passé, soit qu'il s'agisse de son héritier mineur ou interdit.

Si, en effet, la minorité empêche la prescription de *commencer*, elle doit, par le même motif, empêcher la prescription de *continuer*, et par conséquent, la *suspendre*. (Comp. Troplong, *Rapport à la Cour de cassation*, Dev., 1844, I, 132.)

5° On objecte que, d'après l'économie générale du Code, les prescriptions spéciales de courte durée courent contre les mineurs et les interdits aussi bien que contre les majeurs; et l'on cite les articles 1663, 1676, 1854, 2278 du Code de procédure, etc.

Cela est incontestable!

Mais on va voir que cette objection se retourne contre la doctrine, qui la produit.

De quelle prescription s'agit-il dans l'article 1304?

De l'une de ces courtes prescriptions, qui ne courent pas, en effet, contre les mineurs et les interdits?

Non pas!

Il s'agit d'une prescription véritable, qui, bien que très-abrégée sans doute, n'en a pas moins toujours été considérée comme une prescription de longue durée.

Historiquement, cette proposition nous paraît certaine.

Il était, en effet, de règle, dans notre ancien Droit, que les petites prescriptions couraient contre les mineurs.

Et ces petites prescriptions, on les appelait *coutumières* ou *statutaires*, parce qu'elles procédaient des *coutumes particulières* ou *des statuts locaux;* par opposition aux prescriptions du Droit civil, lesquelles procédaient du Droit romain ou des Ordonnances générales du royaume, et dont la durée était, suivant les différentes applications, de 30, de 20 et de 10 ans. (Comp. Pothier, *Traité des Obligations*, t. II, n°s 719-728; Loisel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. III, règles VIII et XI.)

Or, la prescription de l'article 1304 n'appartient pas à l'ordre des prescriptions coutumières ou statutaires, ni par son origine, ni par sa durée.

Donc, l'objection, que nous combattons, s'écroule par sa base.

C'est bien différent pour le cas de l'article 1676, dont la doctrine contraire argumente si fort! il s'agit bien là d'une prescription de courte durée, qui appartient à l'ordre des prescriptions statutaires; et telle est, en effet, l'explication de cet article 1676, qui fait courir, contre les mineurs et les interdits, le délai de deux ans, dans lequel il renferme l'exercice de l'action en rescision, pour cause de lésion, de la vente d'un immeuble.

Ajoutons que, législativement aussi, cette disposition exceptionnelle, en ce qui concerne les courtes prescriptions, était commandée par la raison et par l'intérêt public. Les mêmes considérations, qui avaient fait réduire la durée de l'action à une telle exiguïté de temps, exigeaient de même que ce temps ne fût pas suspendu par les minorités ou par les interdictions. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 159.)

Mais ces considérations sont étrangères à la prescription de dix ans, que l'article 1304 décrète.

6° Et quand on objecte encore que le législateur pourtant a voulu abréger la durée de la prescription des actions en nullité ou en rescision, nous répondons

qu'il l'a, en effet, abrégée considérablement, puisque de trente ans il l'a réduite à dix.

Les minorités ou les interdictions peuvent prolonger ce délai bien au delà!

Il est vrai!

Mais cette objection s'attaque à la loi elle-même, qui a suspendu la prescription en faveur des mineurs et des interdits; elle est de celles dont on peut dire que pour vouloir trop prouver, elles ne prouvent rien.

Il est clair, d'ailleurs, qu'une prescription de dix ans a beaucoup moins de chances qu'une prescription de trente ans, d'être suspendue par des minorités ou des interdictions.

7° Signalons enfin, pour conclure, les complications inextricables auxquelles aboutirait la doctrine du délai préfix et invariable, que nous venons de combattre.

C'est un mineur, qui a passé l'acte; et il décède en minorité, laissant un héritier mineur.

On dit que la prescription va courir contre cet héritier mineur.

Mais de quel jour courra-t-elle?

Direz-vous : Du jour du décès du mineur, par qui l'acte a été passé?

Mais vous voilà en dehors du texte de l'article 1304, qui ne fait courir le délai que *du jour de la majorité*.

Direz-vous : Du jour où le mineur, qui est décédé, aurait atteint sa majorité?

C'est bien impossible! comment expliquerait-on, en en effet, cette suspension au profit du *vivant*, du chef seulement du *mort!* (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle*, etc., t. II, n° 154; Duranton, t. XII, n° 547.)

Veut-on supposer, en sens inverse, qu'un héritier majeur succède au mineur, par qui l'acte a été fait?

Est-ce que la prescription ne commence pas de suite contre cet héritier majeur et capable?

Évidemment oui ; car il est, en effet, majeur et capable.

Il pourrait ratifier l'acte expressément.

Et il peut, en conséquence, le ratifier tacitement par son silence.

Autant de preuves, croyons-nous, décisives, que l'article 1304 consacre une prescription, et non pas un délai préfix. (Comp. Pau, 11 déc. 1835, Cazentre, Dev., 1836, II, 185; Limoges, 28 mai 1836, Thévenot, Dev., 1839, II, 69; Nîmes, 20 juin 1839, Peyrot, Dev., 1839, II, 535; Cass., 8 nov. 1843, Trépied, Dev., 1844, I, 129; Agen, 10 janv. 1851, Sémirot, Dev., 1851, II, 780; Merlin, Répert., v° *Rescision*, n° 5 *bis;* et *Quest. de Droit, h. v.*, § 5; Delvincourt, t. II, p. 806; Marcadé, art. 1304, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 336-337; Duvergier, sur Toullier, t. IV, n° 616, note *a*; Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis*, III à V; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 32.)

135. — Il est d'ailleurs bien entendu que les héritiers de celui auquel l'action en nullité ou en rescision appartenait, n'ont, pour l'exercer, que le temps qui restait au défunt lui-même.

« .... *Id duntaxat tempus quod habuit is, cui hæres extitit,* » disait Ulpien. (L. 19, ff. *de Minoribus.*)

Ce qui restait de ce temps, disait Pothier. (*De la Procédure civile, loc. supra cit.*, n° 133; art. 724, 873, 1220; art. 39, dernier alinéa de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés; Duranton, t. XII, n° 547.)

136. — C'est aussi une question importante et controversée que celle de savoir si la prescription des dix ans, établie par l'article 1304, s'applique seulement à l'*action* et *non à l'exception;*

En d'autres termes, si notre Code a consacré la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Cette question suppose évidemment que la convention, qui peut donner lieu à une action en nullité ou en resci-

sion, n'a pas été exécutée; et elle ne peut s'élever, en effet, que dans cette hypothèse.

Primus a fait, avec Secundus, une convention, une vente, par exemple, qui est susceptible d'être annulée ou rescindée pour cause d'erreur, de dol ou de violence, ou pour cause d'incapacité.

C'est à Primus, vendeur, que cette action appartient, contre Secundus acquéreur.

Mais Secundus ne demande pas l'exécution de la vente.

De son côté, Primus n'en demande pas la nullité ou la rescision.

Et plus de dix ans s'écoulent depuis la convention, dans cette attitude respective des deux parties.

Mais voici que, après douze ou quinze ans et plus encore peut-être, Secundus demande contre Primus l'exécution de leur convention.

Primus, qui n'a plus l'action en nullité ou en rescision, a-t-il encore l'exception?

Et peut-il opposer, par voie de défense, à Secundus qui l'attaque, ce moyen de nullité ou de rescision, qu'il ne pourrait plus exercer par voie d'action?

Un parti considérable enseigne la négative, et que la prescription de dix ans, accomplie contre Primus, ne lui permet d'opposer la nullité ou la rescision d'aucune manière, pas plus par voie d'exception que par voie d'action :

1° Cette doctrine commence d'abord par écarter comme étrangère à notre Droit français, par son origine toute latine, la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Le fondement s'en trouve dans quelques textes romains, et notamment dans la loi 5, § 6 au Digeste, *De doli mali et metus exceptione*, où Paul décide que l'action de dol est temporaire, à la différence de l'exception dol, qui est perpétuelle :

« *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam*

exceptio certo tempore danda est; nam hæc perpetuo competit. »

Mais pourquoi?

La raison, qu'en donne le jurisconsulte, est notable!

C'est, dit-il, qu'il dépend du créancier d'agir quand bon lui semble, pour demander l'exécution de l'obligation viciée par le dol; mais qu'il ne dépend pas du débiteur de se faire attaquer pour faire valoir son exception :

« *Cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur.* » (L. 5, Cod. *de Exceptionibus.*)

L'action de dol, qui était infamante, ne durait qu'un an; et, elle n'était accordée que comme une dernière ressource, à défaut de tout autre moyen de défense.

D'où l'on concluait qu'il n'était pas nécessaire de l'accorder à la partie qui avait été victime d'un dol, tant qu'elle n'avait pas exécuté la convention, parce qu'elle avait, dans ce cas, un autre moyen de se soustraire au préjudice, que cette convention dolosive lui causait; et ce moyen précisément, c'était l'exception, qu'elle pouvait opposer au créancier, lorsqu'il viendrait en demander l'exécution.

Voilà comment on avait été amené à décider que l'exception était perpétuelle.

Or, dans notre Droit français, le débiteur, ou plus généralement, celui auquel la loi accorde une action en nullité ou en rescision contre une convention, peut former cette action, lors même que la convention n'est pas exécutée, et avant toute demande d'exécution de la part de l'autre partie.

Donc, la raison qui, en Droit romain, avait donné naissance à la célèbre maxime, fait absolument défaut dans notre Droit.

Aussi, cette forme de procéder avait-elle été proscrite

en termes formels, relativement aux conventions passées par les mineurs, par l'Ordonnance de 1539, datée de Villers-Cotterets; laquelle portait que les mineurs ne pouvaient, après l'âge de trente-cinq ans parfaits et accomplis, demander la cassation des actes faits en minorité, *en demandant ou en défendant, soit par voie de relièvement* ou *restitution, ou autrement, soit par voie de nullité.* (*Supra*, n° 17.)

2° Le législateur de 1804 a-t-il dérogé à cette tradition française?

Tout au contraire!

Et la preuve s'en trouve dans le rapport au Tribunat.

Ce rapport, dit Marcadé (sur l'article 1304), après avoir présenté très-nettement la distinction entre l'acte nul et l'acte annulable, les met en opposition l'un à l'autre, sous ce rapport précisément que, pour le premier, on pourra proposer la nullité, par voie d'exception, à toute époque; tandis que, pour le second, on ne le pourra que dans le délai de l'article 1304, parce que, passé ce délai, il y aurait ratification. (Comp. Fenet, t. XIII, p. 370-371.)

Si on leur objecte que l'article 1304 n'applique la limite de dix ans qu'à l'*action* et non pas à l'exception;

La réponse est facile, disent les partisans de ce système.

L'action en nullité peut être, en effet, formée de deux manières : soit en demandant, soit en défendant; le défendeur, qui élève contre le demandeur une exception de nullité ou de rescision, forme, en réalité, lui-même une action : *reus excipiendo fit actor;*

Or, le texte de l'article 1304 est général; il ne distingue pas si cette action, qu'il déclare prescrite après dix ans, est formée en demandant ou en défendant;

Donc, il est applicable dans les deux cas, de quelque manière que l'action soit formée.

Ils ajoutent que le législateur du Code semble même

avoir surtout en vue, dans l'organisation de cette action, le cas où la convention n'a pas été exécutée; c'est, en effet, comme un mode d'extinction des obligations, qu'il la présente, soit dans l'article 1234, soit dans l'article 1304.

Or, l'action en nullité ou en rescision d'une convention ne peut avoir véritablement ce caractère qu'autant que la convention n'a pas encore été éxécutée; c'est dans ce cas seulement, que les obligations, qui sont nées de cette convention existant encore, l'action en nullité peut les éteindre. Mais, dans le cas où la convention a été exécutée, l'action en nullité, loin d'avoir pour résultat d'éteindre des obligations, ne pourra, au contraire, qu'en faire naître, en obligeant chacune des parties à se restituer ce qu'elles auront reçu l'une de l'autre.

3° Cette distinction, d'ailleurs, que l'on prétend faire entre l'action et l'exception, est contraire à la présomption fondamentale, sur laquelle repose toute la théorie de l'article 1304.

Ce que le législateur présume, c'est que la partie, qui a laissé passer un délai de dix ans, sans exercer l'action en nullité ou en rescision, a entendu y renoncer; c'est qu'elle a ratifié la convention;

Et cette présomption est applicable à tous les cas, qu'il s'agisse d'une ratification expresse, ou qu'il s'agisse d'une ratification tacite résultant soit de l'exécution volontaire, soit de l'expiration du délai de dix ans.

Et voilà bien, en effet, ce que décide l'article 115, en termes explicites :

« Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de « violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat « a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, *soit « en laissant passer le temps de la restitution fixé par la « loi.* »

Vainement, on objecte qu'on ne peut pas forcer la partie à laquelle appartient l'action en nullité ou en resci-

sion, de prendre l'offensive, quand elle n'est pas attaquée, et de se jeter dans les embarras, et les frais, et l'éclat très-regrettable peut-être d'un procès, que l'autre partie n'annonce pas l'intention de commencer.

La loi accorde à chacune des parties deux actions différentes, quant à leur durée :

A l'une, l'action à fin d'exécution de la convention; laquelle dure trente ans (art. 2262);

A l'autre, l'action en nullité ou en rescision ; laquelle ne dure que dix ans (art. 1304).

C'est à la partie à laquelle appartient l'action en nullité ou en rescision, de se souvenir de cette différence!

C'est à elle, dès lors, à exercer son action en nullité ou en rescision, dans le délai de dix ans, si elle ne veut pas rester, après ce délai, exposée, sans défense, à l'action à fin d'exécution.

Ce délai une fois expiré, elle ne saurait plus avoir l'action en nullité, pas plus par voie d'exception, que par voie d'action principale.

« Dans l'esprit général de notre Droit français, dit M. Colmet de Santerre, un droit existe ou il n'existe pas; s'il existe, on le fait valoir, soit par des actions, soit par des exceptions; et si on n'a pas d'action, c'est que le droit n'existe pas; ce qui exclut l'idée qu'il puisse être invoqué, même par voie d'exception. » (T. V, n° 265 *bis* IV).

4° On ajoute enfin que le législateur, en établissant cette prescription plus courte, a eu pour but de prévenir le dépérissement des preuves et de rendre plus certaine l'instruction de ces sortes d'affaires, qui nécessitent presque toujours un examen de faits et des enquêtes.

Or, ce motif est applicable à l'exception aussi bien qu'à l'action.

Et il exige, en conséquence, que l'une aussi bien que l'autre, soit renfermée dans le même délai. (Comp. Agen,

7 juill. 1836, Perron, Dev., 1836, II, 569; Toulouse, 18 nov. 1836, Julian, Dev. 1837, II, 324; Duranton, t. XII, n° 549; Marcadé, art. 1304, n° 3; Mourlon, *Répét. écrit*, t. II, p. 679; Duvergier, sur Toullier, t. IV, n° 601 note *a*; Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis*, VI, VII, VIII.)

137. — Il s'en faut bien, suivant nous, que cette argumentation soit concluante.

Nous espérons pouvoir démontrer qu'elle n'est pas moins contraire aux textes qu'aux principes, et qu'elle soulève, en outre, au point de vue pratique, les objections les plus graves; aussi, n'a-t-elle pas réussi à se faire admettre dans la jurisprudence, malgré les suffrages si autorisés pourtant, qu'elle a obtenus dans la doctrine :

1° Notre dessein ne saurait être de remonter à l'origine de la règle : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum,* ni de rechercher quelle en était, en Droit romain, la portée véritable, quoiqu'il ne fût pas impossible de soutenir que si la partie qui, avait été victime d'un dol, n'avait pas l'action *de dolo*, tant que la convention n'était pas exécutée, elle avait, tout au moins, une action *in factum*, qui lui permettait de prendre l'offensive. (Comp. Merlin, Répert. v° *Prescription,* t. XVII, p. 443.)

Qu'il nous suffise de remarquer que, dans notre ancien Droit français, cette règle était à peu près unanimement admise.

Il est vrai que l'Ordonnance de 1539 s'en était écartée, quant aux actions en rescision pour cause de minorité. (*Supra,* n° 17.)

Mais il paraît certain que cette disposition de l'Ordonnance n'a jamais été suivie, et qu'elle avait fini par tomber en désuétude. On sait aussi le jugement sévère qu'en portèrent nos plus grands jurisconsultes : « *In hoc iniqua est Constitutio !* » s'écriait Dumoulin (sur l'art. 134).

Et c'était, en effet, dans notre ancienne jurisprudence, une règle incontestée que :

« *Tant que dure l'action, tant dure l'exception.* »

« Cette règle, disait Bretonnier, est triviale au Palais. » (sur Henrys, t. II, liv. IV, quest. 61).

Henrys, en l'exposant, exprimait même la crainte qu'on ne lui reprochât d'insérer, dans son Recueil, des choses trop communes; et il s'en excusait, par cette raison que ce qui est, ajoutait-il, le plus vulgaire, n'est pas toujours le mieux entendu. (T. II, p. 961; comp. Papon, lib., IX, fol. 614; Imbert, *Enchiridion*, v° Exception; Dunod, p. 206-207.)

2° C'est donc la doctrine que nous défendons, et non pas la doctrine contraire, qui peut invoquer l'autorité des traditions anciennes; et c'est à nous, qu'il appartient de poser cette question : le législateur nouveau y a-t-il dérogé?

Le texte même répond négativement de la manière la plus formelle!

L'article 1304 limite à dix ans la durée *de l'action* en nullité ou en rescision.

Il est muet sur la durée de *l'exception*, qu'aucun texte, ni celui de l'article 1304, ni celui de l'article 2262, ne limite!

C'est, en effet, dans l'article 2262, la même théorie juridique que dans l'article 1304.

L'article 2262 ne limite que *les actions*, tant réelles que personnelles, à une durée de trente ans.

Et les exceptions? et les défenses à l'action?

Il est aussi muet sur leur durée; d'où la conséquence que les exceptions sont perpétuelles, à la différence des actions, qui sont temporaires.

Cette théorie est, croyons-nous, généralement admise; et la controverse ne s'agite que sur le point de savoir si elle est applicable aux exceptions de nullité ou de rescision.

Mais pourquoi donc ne leur serait-elle pas également applicable?

Est-ce que le texte de l'article 1304 n'est pas conçu dans la même forme que le texte de l'article 2262?

Le passage du rapport au Tribunat, que la doctrine contraire invoque, ne saurait certes prévaloir contre un texte pareil; l'orateur M. Jaubert, se borne, d'ailleurs, dans ce passage, à expliquer la différence entre les actes nuls et les actes annulables, sans avoir l'intention de trancher et sans trancher, en effet, la thèse, qui nous occupe, de la durée de l'exception. (Comp. Fenet, t. XIII, p. 370-371.)

Et, quant à l'argument, qui consiste à dire que le législateur aurait surtout en vue, dans l'article 1304, le cas où la convention n'a pas été exécutée, puisque, dans l'article 1234, il présente l'action en nullité ou en rescision comme un mode d'extinction de l'obligation, nous croyons pouvoir répondre qu'il n'est pas exempt d'une certaine recherche et de quelque subtilité.

Oui! sans doute, l'action en nullité ou en rescision est un mode d'extinction des obligations, en tant qu'elle a pour résultat de remettre, après la convention annulée ou rescindée, les parties au même état que si la convention n'avait pas eu lieu.

Mais l'exécution, que la convention pourrait avoir reçue ne fait, à ceci, nul obstacle.

C'est bien ce que prouve l'article 1312, qui, réglant les conséquences de l'action en nullité, suppose, au contraire, que la convention a été exécutée, puisqu'il détermine les restitutions, que les parties auront, de part et d'autre, à se faire.

Mais, dit-on, l'exception elle-même n'est autre chose que l'action! *Reus excipiendo fit actor.*

A quoi nous répliquons que vous changez ici les rôles de la manière la plus inadmissible!

Que le défendeur, qui oppose une exception, doive, de

ce chef, supporter le fardeau de la preuve, cela est incontestable; telle est, en effet, la portée de cette maxime, et en quel sens seulement le défendeur devient demandeur dans son exception, parce que, dans ce cas, en effet, c'est lui qui affirme. (L. 2, ff. *de Probationibus.*)

Mais il n'en conserve pas moins, pour cela, sa position de défendeur.

Est-ce donc lui qui attaque?

Non! sans doute.

Il ne fait, en opposant son exception, que se défendre!

3° Cette distinction, que le texte même de la loi, disons-nous, consacre entre l'action et l'exception, repose d'ailleurs sur les motifs les plus juridiques et les plus équitables.

a. Il en est un, qui se présente tout d'abord, en quelque sorte, instinctivement.

C'est que la défense est le droit naturel! c'est que, aussi longtemps que l'attaque est permise, permise doit être également la défense!

Or, tel est le rôle de l'exception; c'est une défense!

« Les exceptions, disait de Laurrière, ont été appelées *barres* par nos anciens praticiens, parce que, étant opposées, elles arrêtent celui qui intente un procès, comme, en guerre, une barrière arrête un ennemi. » (sur Loysel, *Inst. cont.* liv. V, tit. II, règle 1.)

Cette synonymie est intéressante; elle explique, d'une façon pittoresque et très-vraie, le rôle de l'exception, et pourquoi, en effet, l'exception doit durer autant que l'action; voici venir l'ennemi! à quelque époque qu'il veuille s'introduire dans mon patrimoine, c'est mon droit de le fortifier, de le *barrer.*

Et quand cet ennemi produit, pour la première fois, son titre pour en obtenir l'exécution, c'est mon droit aussi d'examiner ce titre, et de dénoncer les vices, qui l'infectent!

b. Comment, en effet, aurais-je pu perdre ce droit par le seul laps de temps?

La convention n'ayant pas été exécutée, j'ai toujours conservé la possession et la jouissance de la chose, qui en faisait l'objet;

Or, la prescription ne peut pas courir contre celui qui possède, au profit de celui qui ne possède pas.

« *Possidenti non competit actio, sed exceptio,* » disait Ażon. (p. 187).

La prescription! c'est la consécration, par le temps, d'un état de choses, qui a duré pendant un certain nombre d'années.

Or, quel est ici l'état de choses, qui a duré?

C'est la possession et la jouissance du défendeur actuel, qui demande, précisément, après l'expiration de cette durée de temps, à être maintenu dans la possession et dans la jouissance, qu'il a toujours conservées sans aucun trouble!

c. Et voilà comment, en effet, l'exception est nécessairement perpétuelle.

C'est qu'elle ne naît et qu'elle ne peut naître que du jour où l'action est formée.

Or, aux termes de l'article 2257, la prescription ne court pas contre un droit, qui n'est pas encore né, qui n'est pas encore ouvert.

Donc, la prescription ne peut pas courir contre l'exception, qui ne naît et ne s'ouvre qu'avec l'action elle-même, et du jour seulement où cette action, dénonçant l'attaque, fait, du même coup, surgir le droit de défense!

d. Les motifs, qui précèdent, ont, par avance, aussi réfuté le moyen déduit d'une prétendue confirmation ou ratification, que la doctrine contraire oppose au défendeur actuel, qui n'a pas demandé la nullité contre son adversaire, tant que son adversaire ne demandait pas l'exécution contre lui.

Oui! sans doute, la prescription de l'article 1304 a pour fondement une présomption de confirmation ou de ratification tacite.

Mais cette présomption n'existe et n'est, en effet, admissible que contre la partie, qui, après avoir exécuté la convention, a gardé ensuite, pendant dix ans, le silence. Il s'agit alors, pour cette partie, de recouvrer ce qu'elle a livré et ce qu'elle a perdu ; et si elle se tait, pendant le temps que la loi lui accorde pour réclamer, c'est évidemment qu'elle y renonce; tel est le sens de l'article 1115.

La présomption de ratification, au contraire, manquerait absolument de base, si on l'appliquait à la partie qui, n'ayant pas exécuté la convention, n'a rien livré ni rien perdu, et qui est restée, après la convention comme avant, dans l'entière possession et jouissance de son bien!

Pourquoi donc et comment, dans une telle situation, présumer une ratification de sa part?

Il n'y en a pas même l'apparence!

Il fallait, dit-on, qu'elle demandât la nullité ou la rescision contre l'autre partie.

A quoi nous répondons qu'il fallait que l'autre partie demandât, contre elle, l'exécution, et que ce long silence a rendu suspecte, au plus haut degré, sa tardive demande.

Tandis que, au contraire, le silence de la partie qui avait l'action en nullité ou en rescision, peut s'expliquer par des raisons très-légitimes et très-naturelles, et qui n'impliquent, de sa part, aucune pensée de ratification.

Pourquoi se jeter dans les embarras et les frais et l'éclat d'un procès, qui très-probablement n'aura jamais lieu? A quoi bon prendre l'offensive, quand on n'est pas attaqué? Pourquoi perdre sa position de possesseur et de défendeur?

4° Il est enfin un dernier argument, qui paraît avoir

fort embarrassé les partisans de la doctrine contraire, et auquel, en effet, nous croyons qu'ils n'ont pas trouvé de réponse. (Comp. *infra*, n° 159.)

Qu'arriverait-il, dans leur doctrine, si la partie à laquelle l'action en nullité ou en rescision appartient, l'ignorait? si elle ignorait même l'existence de cette convention, dont on lui reproche de n'avoir pas demandé la nullité dans le délai de dix ans ?

C'est, par exemple, un interdit qui a consenti la vente d'un de ses immeubles; mais cette vente n'a reçu aucune exécution.

L'interdit est relevé de son interdiction; et dix ans s'écoulent depuis la main-levée, sans qu'il demande la nullité ou la rescision de la vente.

Pourquoi il ne l'a pas demandée? ce n'est pas même par l'un des motifs, que nous venons de signaler, et qui auraient pu faire de son silence une conduite avisée et prudente; non! s'il ne l'a pas demandée, la nullité de cette vente, c'est qu'il n'en avait conservé aucun souvenir; c'est qu'il ne se rappelait pas qu'il l'avait consentie!

Le laisserez-vous désarmé contre l'autre partie, qui, après avoir perfidement laissé s'accomplir le délai de dix ans, vient demander contre lui l'exécution de la vente?

Cela serait véritablement intolérable!

Aussi, a-t-il fallu, dans le système qui nie la perpétuité de l'exception, imaginer, nous pouvons bien dire, des expédients pour conjurer un tel résultat.

On a donc répondu que le défendeur pourrait, dans ce cas, prétendre soit que la convention qu'il a passée pendant son interdiction, était le fruit du dol et de la fraude, soit que, au moment même où il l'a passée, il était dans l'impossibilité physique de donner aucun consentement; ce qui lui permettra, en conséquence, de soutenir soit que le délai de dix ans a commencé à courir, non pas du jour de la main levée de son interdiction,

mais seulement du jour de la découverte du dol, soit même que le délai de dix ans ne lui est pas du tout applicable, parce que la prétendue convention, qu'on lui oppose, est nulle et non pas seulement annulable.

Il ne serait pas impossible, sans doute, en cas pareil, que l'acte fût le résultat d'un dol caractérisé; et il y aurait alors, en effet, dans ce dol, une cause spéciale de nullité ou de rescision.

Mais, outre que ces preuves de fait pourraient être le plus souvent très-difficiles, après un certain nombre d'années, nous avons déjà répondu que la loi, en organisant l'interdiction, a voulu précisément prévenir toutes les contestations de ce genre, et qu'elle a tranché, au moyen de la présomption par elle établie dans l'article 502, toutes les difficultés qui auraient pu s'élever sur le point de savoir si l'interdit, au moment précis où il a fait l'acte, avait ou n'avait pas sa raison (comp. art. 489).

Aussi, l'article 1304, d'accord en ce point avec l'article 502, lorsqu'il s'agit d'un acte passé par un interdit, fait-il, sans distinction, courir le délai de dix ans, du jour où l'interdiction est levée (comp. notre *Traité de la Minorité; de la Tutelle*, etc., t. II, n° 629).

A défaut de ce moyen, on a répondu encore que le délai de dix ans ne commencerait à courir contre l'interdit, que à dater de la signification qui lui aura été faite de la convention, ou de la connaissance qu'il en aura eue, après la mainlevée de son interdiction, c'est-à-dire que l'on applique à l'individu, qui a été interdit, la disposition que l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 applique à l'individu, non interdit, qui a été placé dans un établissement d'aliénés. Et même, cette doctrine a prétendu trouver un argument en sa faveur, dans cet article 39, qui prouve, suivant elle, que le législateur a considéré que l'individu qui a été placé dans un établissement d'aliénés, aurait pu être irrévocablement lié après l'expi-

ration du délai de dix ans; or, dit M. Colmet de Santerre, il n'eût pas été lié, le système du Code n'eût pas demandé une amélioration, si, même après l'expiration des dix ans, l'auteur de l'acte avait pu se prévaloir de l'exception de nullité. (T. V, n° 265 *bis*, VIII.)

Mais il est, suivant nous, d'évidence que cette disposition de l'article 39 de la loi du 30 juin 1838, disposition spéciale! ne fournit, en aucune façon, à la doctrine contraire l'argument, qu'elle a entrepris d'en tirer.

L'article 39 se refère, en effet, à l'article 1304; et c'est seulement, de même que l'article 1304, l'action elle-même, et non pas l'exception, qu'il a en vue.

Cette disposition, ainsi entendue, était inutile, s'écrie-t-on!

Mais vraiment non! elle n'était pas inutile; pas plus que la disposition de l'article 1304.

D'abord, il se peut que la convention ait été exécutée par l'interdit pendant son interdiction.

Et lors même qu'elle n'a pas été exécutée, s'il veut prendre l'offensive, pour la faire déclarer nulle, il est très-important que le délai de dix ans n'ait pas couru pendant tout le temps qu'il ignorait l'existence de la convention, qu'il a passée.

Concluons donc que notre Code a consacré la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 269).

On peut même en trouver une application expresse dans l'article 317 (comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 147 et suiv.; Paris, 21 avril 1836, Baudard, Dev., 1837, II, 17; Cass., 5 avril 1837, Daussonne, Dev., 1837, I, 434; Rouen, 9 janv. 1838, Burgot, Dev., 1838, II, 110; Bordeaux, 6 avril 1843, Menut-Latonne, Dev., 1843, 2, 422; Cass., 1er déc. 1846, Patouillet, Dev., 1847, I, 289; Merlin, Répert., v° *Prescription*, sect. II, § 25; Delvincourt, t. II, p. 596-600;

Toullier, t. IV, nos 600 et suiv.; Troplong, *De la Prescription*, t. II, nos 827 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 278, et t. VI, p. 515; Larombière, t. IV, art. 1304, nos 36, 37).

138. — N'oublions pas, toutefois, la condition, sous laquelle seulement la règle de la perpétuité de l'exception est applicable.

Cette condition, nous l'avons posée dès le début (*supra*, n° 136).

C'est que la convention n'ait pas été exécutée; c'est, en conséquence, que la partie à laquelle l'action en nullité ou en rescision appartenait, n'ait pas été dépossédée!

La règle cesserait donc d'être applicable dans le cas contraire, quelle que fût d'ailleurs la manière, plus ou moins habile et détournée, dont cette partie engagerait l'instance.

Paul a vendu à Pierre un immeuble; et la vente a été exécutée par le payement du prix et par la tradition de l'immeuble.

Paul, le vendeur, pouvait avoir une action en nullité ou en rescision contre cette convention, pour cause de dol, par exemple; une action en nullité, disons-nous, qui n'avait pas été couverte par l'exécution, parce que, à cette époque, le dol n'avait pas été encore découvert par lui.

Mais ensuite dix ans se sont écoulés depuis qu'il a découvert le dol.

Et voilà qu'il forme contre Pierre, l'acheteur, une action en revendication de son immeuble.

A quoi Pierre oppose l'acte de vente, qui lui a été consenti par Paul, et qui l'a rendu propriétaire.

Est-ce que Pierre, en cas pareil, pourra répliquer par une exception de nullité ou de rescision, en invoquant la règle : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum?*

Évidemment non!

Mais, pourtant, il semble que c'est à titre de défense, en effet, et d'exception qu'il repousse la convention, qu'on lui oppose!

Mais ce n'est là qu'une apparence trompeuse!

Quelle est la condition, sous laquelle seulement cette prétendue action en revendication formée par Paul pourrait réussir, la condition préalable, et nous pourrions dire, préjudicielle?

C'est que la convention, par laquelle il lui a vendu son immeuble, serait annulée ou rescindée.

Voilà donc par où Paul aurait dû, en effet, commencer.

Par une action en nullité ou en rescision!

Il lui plaît de faire abstraction de la convention et de revendiquer son immeuble *de plano*.

En quoi il méconnaît le caractère de cette convention, qui n'est pas nulle, mais seulement annulable et qui fait, en conséquence, obstacle à son action en revendication, tant qu'elle ne sera pas annulée.

Or, annulée, elle ne peut plus l'être, après l'expiration des dix ans, depuis la découverte du dol;

Donc, la prétendue action en revendication, qui sert, en réalité, de masque à une action en nullité ou en rescision, n'est pas plus admissible que cette action elle-même.

Tel est le principe.

Et il faut l'appliquer à toutes les hypothèses semblables, sans se laisser prendre aux piéges que des formes de procéder, plus ou moins insidieuses, pourraient lui dresser. (Comp. Cass. 5 déc. 1826, Douceur, D. 1827, I, 81; Pau, 4 févr. 1830, Dev., 1830, II, 203; Bordeaux, 1er juill. 1830, Dev., 1831, II, 75; Cass., 5 avril 1837, Dev., 1837, I, 435; Cass., 7 juin 1837, Dev., 1838, I, 46; Bastia, 22 mai 1854, Orlandi, Dev., 1854, II, 389; Bordeaux, 27 juill. 1871, Rivière, Dev., 1872, II, 221, Troplong, *De la Prescription*, t. II, nos 832 et suiv.; Za-

chariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 515, 516; Larombière, t. IV, art. 1304, nos 36, 38.)

139. — La cour de Riom a décidé que la signification, avec commandement, du titre de l'obligation faite par le créancier à l'héritier du débiteur, conformément à l'article 877, met l'héritier en demeure d'intenter l'action en nullité de cette obligation, et fait, en conséquence, courir contre lui, à partir de ce jour, le délai de dix ans; sans qu'il puisse ensuite invoquer la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* (19 févr. 1845, Pommery, Dev., 1846, II, 188.)

Mais nous ne pensons pas qu'une telle solution soit juridique.

Cette maxime peut être invoquée, ainsi que nous venons de le voir, par celui qui n'a pas cessé de posséder et qui joue le rôle de défendeur ; elle peut être invoquée, en un mot, toutes les fois que c'est par exception que la nullité ou la rescision est demandée;

Or, la signification, dont il s'agit, ne change pas cette attitude respective des parties; elle n'empêche pas que celui des contractants, auquel appartient l'action en nullité ou en rescision, ne continue de posséder et ne soit défendeur, si la demande à fin d'exécution est formée contre lui;

Donc, elle ne saurait lui enlever le droit d'opposer la nullité par voie d'exception, à quelque époque que la demande à fin d'exécution soit ensuite formée.

Cette signification, dit-on, a dû troubler sa sécurité!

Cela est possible; et il a pu y voir une menace, une démonstration hostile.

Mais elle n'a pas, au point de vue qui nous occupe, un autre caractère (comp. Larombière, t. IV, art. 1304, n° 39).

140. — Le délai de dix ans doit appartenir tout entier à la partie, qui a le droit d'exercer une action en nullité ou en rescision.

L'autre partie pourtant ne pourrait-elle pas la mettre en demeure de se prononcer et de choisir entre la validité ou la nullité de la convention ?

Il y a un cas, dans lequel l'affirmative est certaine ; c'est celui où la convention n'a pas encore été exécutée ; si l'autre partie en demande l'exécution, il faut bien que celle qui prétend avoir une action en nullité ou en rescision contre cette convention, la propose ; car si elle n'en demande pas la nullité, elle est tenue de l'exécuter !

Mais supposons que la convention a été exécutée, sans que cette exécution ait emporté une ratification de la part de celui des contractants, auquel appartient l'action en nullité ou en rescision.

L'autre contractant peut-il alors le mettre en demeure de se prononcer, afin de ne pas rester à sa merci et dans l'incertitude, pendant toute la durée du délai de dix ans ?

Nous ne pensons pas, en principe, qu'il ait ce droit :

D'une part, la nullité, dont il s'agit, est relative ; et il n'est pas recevable à la proposer ; en ce qui le concerne, la convention est valable (art. 225, 1117, 1125) ;

D'autre part, le délai de dix ans est accordé par la loi pour l'exercice de l'action en nullité ou en rescision, afin que la partie, à laquelle cette action appartient, puisse recueillir ses moyens de preuve, et précisément choisir l'époque, qui lui paraîtra la plus opportune pour l'exercice de son action.

Tel nous paraît être le principe.

Et, toutefois, il ne serait pas impossible que l'autre partie eût, dans certains cas, le droit de l'interpeller ; comme si la partie à laquelle l'action appartient, se vantait, *se jactait* d'avoir ce droit contre elle.

C'est ce que nous avons entrepris de démontrer, en ce qui concerne l'action en nullité, qui appartient à la femme mariée (ou à ses représentants) contre les con-

ventions, qu'elle a passées avec des tiers sans autorisation (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 346, 347).

Nous ne pouvons que nous référer à cette démonstration, qui est applicable à toutes les autres actions en nullité ou en rescision.

141. — B. Nous venons d'examiner quelle est la durée de l'action en nullité ou en rescision.

Il nous reste à déterminer quel est le point de départ de cette durée (comp. *supra*, n° 129).

142. — Régulièrement, la prescription de dix ans, établie par l'article 1304, commence à courir du jour de la convention.

Telle était la disposition explicite de l'Ordonnance de juin 1510, dont l'article 46 portait que toutes rescisions de contrats se prescriront.... par le laps de dix ans continuels, *à compter du jour que lesdits contrats, distracts, ou autres actes auront été faits....*

Telle est, sans aucun doute aussi, la disposition de notre article 1304 qui, pour être implicite, n'en est pas moins certaine; car c'est évidemment, par forme d'exception, que l'article détermine, pour certains cas particuliers, un autre point de départ.

On peut voir, d'ailleurs, une application textuelle de la règle dans l'article 1676, qui porte que la demande (en rescision de la vente d'un immeuble pour cause de lésion) n'est plus recevable après l'expiration de deux années, *à compter du jour de la vente.*

Mais il faut reconnaître que, en fait, dans cette matière, les cas qui font l'objet de l'exception, seront plus fréquents que les cas qui font l'objet de la règle.

Quelles sont, en effet, les causes les plus fréquentes des actions en nullité ou en rescision?

Ce sont les vices du consentement, dol, erreur, violence, ou l'incapacité des parties (*supra*, n° 77).

Or, c'est précisément pour ces causes-là que l'article

1304 détermine un point de départ de la prescription, autre que le jour de la convention.

143. — Un motif, qui leur est commun, explique, d'ailleurs, très-juridiquement et très-équitablement, les exceptions, que l'article 1304 apporte à la règle, que le délai de dix ans court du jour de la convention.

La prescription d'une action en nullité ou en rescision contre une convention entachée d'un vice, qui la rend annulable ou rescindable, ne peut évidemment commencer à courir que du jour où ce vice a cessé; car cette prescription repose sur une présomption de confirmation ou de ratification de la part du contractant, à laquelle l'action en nullité ou en rescision appartient;

Or, si la prescription commençait à courir avant que le vice eût cessé, la confirmation ou la ratification serait entachée du même vice que la convention;

Donc, la prescription, qui est une confirmation tacite, ne peut, en effet, commencer à courir que du jour où le vice, qui entache la convention, a disparu.

C'est ce que porte l'article 1115 :

« Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de « violence, si, *depuis que la violence a cessé*, ce contrat a « été approuvé soit expressément, soit tacitement, *soit en « laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.* »

C'est ce que porte aussi plus généralement l'article 1338, en ce qui concerne la ratification ou la confirmation expresse :

« L'acte de confirmation ou ratification d'une obliga- « tion contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en « rescision, n'est valable, que lorsqu'on y trouve la sub- « stance de cette obligation, la mention du motif de l'ac- « tion en rescision *et l'intention de réparer le vice sur « lequel cette action est fondée.* »

« A défaut de confirmation ou ratification, il suffit que « l'obligation soit exécutée volontairement, *après l'époque à*

« *laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.* »

« . . . . . »

Or, ce qui est vrai de la confirmation expresse et de la confirmation tacite résultant de l'exécution volontaire, est aussi vrai de la confirmation tacite résultant de l'expiration du délai de dix ans fixé par l'article 1304.

144. — Cette proposition est d'évidence.

Et si nous employons ce soin à la mettre bien en relief, c'est qu'il en résulte une conséquence très-grave, et, à notre avis, très-certaine, quoiqu'elle soit, comme nous le verrons, l'objet de vives controverses (*infra*, n°s 194-196).

Ce qui en résulte donc, suivant nous, c'est qu'il y a là, dans les cas d'exception déterminés par l'article 1304, un intervalle de véritable imprescriptibilité.

Il ne faut pas dire que la prescription est suspendue.

Non! ce n'est pas un cas de suspension, pas plus que d'interruption de prescription.

C'est autre chose; c'est un cas d'imprescriptibilité!

Appliquée au cas de minorité ou d'interdiction, l'exception, décrétée par l'article 1304, semble, il est vrai, se rattacher au principe général, décrété par l'article 2252, qui porte que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits.

Mais tel n'est pas le vrai caractère de cette disposition de l'article 1304.

La preuve en est que cette disposition est commune, non-seulement aux mineurs et aux interdits, mais encore :

1° Aux femmes mariées, contre lesquelles la prescription court, en règle générale, d'après l'article 2254, sauf l'exception portée dans les articles 2255 et 2256;

2° Aux majeurs, dont le consentement a été vicié d'erreur, de violence ou de dol, et contre lesquels la prescription pourrait courir à l'égard de tout autre droit.

Finalement donc, l'article 1304 ne dispose pas que, dans les cas par lui prévus, la prescription sera suspendue.

Il fait plus; il fait autre chose!

Il dispose que la prescription ne pourra pas commencer avant l'époque, qui lui est assignée comme son point de départ initial, et avant lequel, en effet, il n'y aura pas de prescription possible.

145. — L'article 1304, appliquant d'abord cette règle aux causes de nullité ou de rescision, qui résultent des vices du consentement, dispose que :

« Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.... »

Il y a plus de dix ans qu'une convention a été passée entre Pierre et Paul.

Pierre forme contre cette convention, une action en nullité ou en rescision pour cause de violence, d'erreur ou de dol.

Et quand Paul lui oppose la prescription de l'article 1304, il répond que la violence n'a cessé, ou qu'il n'a découvert l'erreur ou le dol, que depuis moins de dix ans.

Tel est notre fait, qui donne lieu à ces deux questions :

a. Lequel des deux, de Pierre ou de Paul, doit faire la preuve que la violence n'a cessé, ou que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans?

b. De quelle manière cette preuve peut-elle être faite?

146. — *a.* C'est évidemment, suivant nous, malgré le dissentiment, isolé d'ailleurs, de Chardon (*Du dol et de la fraude*, t. I, n° 53), à celui qui prétend que la prescription n'a pas pu commencer à courir du jour de la convention, par suite de violence, d'erreur ou de dol, à prouver son affirmation, c'est-à-dire : que la violence

n'a cessé ou que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans.

C'est lui, en effet, qui affirme.... *qui dicit*.... (L. 2, ff. *De Probationibus;* art. 1315.)

Et, de ce chef, il devient un demandeur, auquel incombe dès lors le fardeau de la preuve : *reus excipiendo fit actor.*

Mettre la preuve à la charge du défendeur, ce serait, dit fort justement Duranton, le forcer indirectement, dans la plupart des cas du moins, à confesser le vice de l'obligation, qu'il nie probablement; car il est clair qu'il ne pourrait prouver que la violence a cessé, ou que l'erreur ou le dol ont été découverts à telle époque, sans reconnaître par là même, qu'il y a eu violence, erreur ou dol! (T. XII, n° 536 ; arg. de l'art. 488 du Code de Procéd. civ.; comp. Cass., 26 juill. 1825, Sirey, 1825, I, 370; Besançon, 1er mars 1827, Sirey, 1827, II, 141; Paris, 22 juill. 1853, Potier, Dev., 1854, II, 49; Marcadé, art. 1304, n° 2; Duvergier, sur Toullier, t. IV, n° 612, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 281; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 36.)

147. — *b.* Mais cette preuve, de quelle manière peut-il la faire?

La question n'est pas embarrassante, en ce qui concerne la preuve du moment où la violence a cessé; c'est la preuve d'un fait qui sera, généralement, très-simple, à savoir : que, à un certain moment, la partie, d'abord opprimée, a recouvré sa liberté naturelle.

Mais il n'en est pas de même de l'erreur, ni surtout du dol. Le dol, en effet, se compose le plus souvent d'une série d'intrigues frauduleuses, qui s'enchaînent les unes aux autres, et dont l'existence ne se revèle que successivement par des détails, dont l'ensemble seul constitue la démonstration.

De sorte que la partie qui a été victime d'un dol, peut en avoir la connaissance, avant d'en avoir la preuve, et

que l'on peut être autorisé à dire qu'elle l'a découvert, avant le jour où elle a recueilli tous les indices, qui doivent en fournir la preuve judiciaire.

De là résulte une conséquence importante :

C'est que, pour que l'exception de prescription qui est opposée au demandeur, puisse être rejetée, et pour qu'il soit décidé que la découverte du dol a eu lieu depuis plus de dix ans, il n'est pas nécessaire que l'existence même du dol soit préalablement établie; il suffit que des faits, déjà constants, permettent au juge de reconnaître et de constater l'époque à laquelle ces premiers indices révélateurs ont été connus de la partie qui forme l'action en nullité.

Autrement, on serait exposé à admettre la preuve de l'existence d'un dol, preuve souvent longue et dispendieuse, par témoins comme par présomptions (art. 1353);

Et cela, pour arriver à quoi?

Pour arriver à ce résultat, complétement nul, de décider qu'il y a plus de dix ans que la découverte de ce dol a eu lieu!

« Attendu, dit la Cour suprême, que l'époque de la connaissance des circonstances et des indices sur lesquels l'allégation du dol est appuyée, peut, en beaucoup de cas, être facilement distinguée de l'existence même du dol et de sa preuve; — Attendu que l'un des motifs du législateur, en établissant la prescription décennale, a précisément été d'empêcher des débats inutiles, dans les cas où la connaissance, depuis plus de dix ans, des faits allégués, rendrait toute preuve inopérante;... » (13 mars 1849, Cazanove, Dev., 1849, I, 347; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 281; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 22.)

148. — L'article 1304 ne détermine pas un point de départ spécial, en ce qui concerne la durée de l'action en nullité ou en rescision pour cause de lésion entre majeurs.

D'où il faut conclure que cette action demeure sous l'empire de la règle générale, d'après laquelle la prescription décennale de l'article 1304 commence à courir du jour de la convention. (*Supra*, n° 142.)

Telle est, en effet, la disposition de l'article 1676, qui, précisément, en matière de lésion, décide que :

« La demande n'est plus recevable après l'expiration « de deux années, *à compter du jour de la vente.* »

Et il n'y a pas de motif pour qu'il en soit autrement, en matière de partage. (Art. 887.)

Nous parlons, toutefois, seulement du partage en général; car le partage d'ascendants, fait par donation entre-vifs, est gouverné par des règles spéciales, que nous avons exposées ailleurs. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n°s 223 et suiv.)

Mais pourquoi donc le point de départ de la durée de l'action en nullité ou en rescision du partage ordinaire, pour cause de lésion entre majeurs, commence-t-il à courir du jour même de ce partage?

La cause de la lésion, ou du moins l'une de ses causes, c'est l'erreur;

Or, la prescription de l'action en nullité ou en rescision pour cause d'erreur ne commence à courir que du jour où elle a été découverte;

Donc, il devrait en être ainsi de la prescription de l'action en nullité pour cause de lésion.

Cette objection, si spécieuse qu'elle puisse paraître, n'est pourtant pas décisive.

Ce n'est pas, en effet, seulement, ni même principalement sur l'erreur, qu'est fondée l'action en nullité ou en rescision pour cause de lésion; la preuve en est que cette action est accordée par la loi au contractant lésé, *quand même il aurait expressément renoncé, dans le contrat, à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.* (Art. 1674; comp. art. 888, 1er alinéa.)

Le vrai motif, sur lequel l'action en rescision est alors fondée, c'est la présomption que cette convention lésionnaire a été consentie sous la pression d'un besoin actuel d'argent et d'une détresse imminente.

Or, d'une part, le législateur n'a pas pensé qu'une telle situation pût se prolonger toujours la même, pendant bien longtemps;

Et, d'autre part, il a pensé, très-justement aussi, que le hangement qui pouvait s'y opérer, que l'état nouveau des affaires du contractant, ne présenteraient jamais un caractère assez saillant, pour qu'il fût possible d'y trouver un point de départ de la prescription, comme en matière de violence, d'erreur et de dol.

Voilà pourquoi il en a laissé le point de départ, suivant la règle générale, au jour même du partage.

149. — Pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, l'article 1304 dispose que la prescription ne court que du jour de la dissolution du mariage.

C'est, en effet, seulement à partir de ce jour, que la femme, se trouvant affranchie de la nécessité de l'autorisation maritale, qu'elle a méconnue, pourrait, sans cette autorisation, confirmer l'acte qu'elle a consenti.

150. — De ce motif même, un parti considérable, dans la doctrine et dans la jurisprudence, a conclu que la prescription commence, au contraire, à courir contre le mari du jour de l'acte, ou du moins du jour où il en a eu connaissance.

Le mari, dit-on, pourrait, dès ce jour, et avant la dissolution du mariage, soit confirmer ou ratifier l'acte passé par sa femme, soit en demander la nullité ou la rescision; et, par conséquent, le silence gardé par lui, pendant dix ans, doit être considéré comme une ratification tacite, aussi valable que le serait, de sa part, une ratification expresse. (Comp. Bordeaux, 30 avril 1872, Bernard, Dev., 1872, II, 151; Marcadé, art. 1304, n° 2; Mourlon, *Répét. écrit*, t. III, n° 1491; Solon, *Des Nul-*

lités, t. II, n° 489; Delsol, *Explicat. du Cod. Napol.*, t. II, p. 556.)

Nous ne pensons pas toutefois que cette solution soit juridique; et, à notre avis, la prescription ne commence à courir contre le mari, de même que contre la femme, que du jour de la dissolution du mariage.

D'abord, le texte même de la loi nous paraît formel; l'article 1304, qui fixe à ce jour le point de départ du délai pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, ne distingue pas entre l'action de la femme et l'action du mari; il est absolu!

On comprend d'ailleurs facilement le motif, qui a porté le législateur à le décider ainsi; c'est que le silence du mari, pendant le mariage, ne témoigne pas nécessairement d'une ratification tacite de l'acte passé par sa femme; il peut être déterminé par d'autres motifs, par la crainte de troubler la paix de son ménage, en demandant la nullité de cet acte, qu'il désapprouve, et qu'il ne veut pas ratifier, mais dont il ne croit pas devoir néanmoins actuellement demander la nullité par une action en justice, qui ferait à sa femme une situation souvent très-pénible! (Comp. *Supra*, n° 51; Montpellier, 27 avril 1831, Dev., 1831, II, 77; Toullier, t. IV, n° 613; et Duvergier, note *b*; Valette, sur Proudhon, t. I, p. 467, note *b*; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 244; Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis*, 11; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 23.)

151. — Prima, mariée à Primus, a fait un acte sans autorisation.

Primus meurt; et la voilà veuve.

La prescription de dix ans commence donc à courir contre elle, du jour de la dissolution de son mariage.

Mais, avant que cette prescription soit accomplie, Prima contracte un second mariage avec Secundus.

La prescription, qui était commencée, va-t-elle s'arrêter?

Non, répond M. Larombière; car l'article 1304, en ne

faisant courir la prescription qu'à partir de la dissolution du mariage, suppose qu'il s'agit du mariage, qui a créé, pour elle, la nécessité de l'autorisation maritale. (T. IV, art. 1304, n° 23.)

Tel paraît être, en effet, le sens de de l'article 1304, en tant qu'il détermine le point de départ de la prescription, pour les actes passés par les femmes mariées *non autorisées*. (Comp. Duranton, t. XII, n° 541; Mourlon, *Répét. écrit*, t. II, n° 1490.)

152. — Cette disposition spéciale, en ce qui concerne les femmes mariées, ne s'applique d'ailleurs, qu'au défaut d'autorisation.

Une femme mariée, autorisée par son mari, a fait un acte, contre lequel elle a une action en nullité pour violence, erreur ou dol.

La prescription commence à courir soit du jour de la cessation de la violence, soit du jour de la découverte de l'erreur ou du dol.

Il faut excepter, bien entendu :

1° Le cas, où l'action serait de nature à réfléchir contre son mari, parce qu'il aurait, par exemple, été lui-même complice de la violence exercée contre elle (art. 2256).

2° Le cas où il s'agirait, la femme étant mariée sous le régime dotal, d'un acte d'aliénation de ses biens dotaux. (Art. 1560; comp. Toullier, t. IV, n° 613; Duranton, t. XII, n° 542; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 23.)

153. — A l'égard des actes faits par les mineurs, l'article 1304 dispose que le temps ne court que du jour de la majorité. (Comp. art. 475; et notre *Traité de la Minorité*, — de *la Tutelle*, etc., t. II, n° 151.)

Du jour de la majorité, disons-nous, dans tous les cas; et non point du jour de l'émancipation, lors même que le mineur aurait été émancipé.

Si le mineur, depuis son émancipation, a fait seul un acte qui excède les bornes de sa capacité, il a, contre cet

acte, une action en nullité ou en rescision, qui ne commence à se prescrire que du jour de sa majorité.

Comment serait-il possible que l'action en nullité ou en rescision contre un acte qu'il a fait, lorsqu'il était en tutelle, commençât à se prescrire du jour de son émancipation!

Puisqu'il est considéré par la loi, comme aussi incapable, *après* son émancipation qu'*avant*, de confirmer ou de ratifier l'acte annulable, qu'il a consenti.

154. — Peu importe qu'il s'agisse d'un acte fait par le mineur lui-même, ou d'un acte fait par le tuteur, au nom du mineur.

Factum tutoris, factum pupilli!

Telle est la conséquence de la solution, que nous avons proposée, et d'après laquelle le mineur, devenu majeur, doit attaquer, par voie de nullité ou de rescision, les actes faits par son tuteur, sans l'observation des formalités requises par la loi.

Le mineur, devenu majeur, doit donc, dans les dix ans de sa majorité, examiner la gestion de son tuteur et prendre, à cet égard, tous les renseignements nécessaires pour s'éclairer.

Le législateur, qui limite son action à dix ans, présume qu'il l'a fait ainsi. (Comp. *supra*, n° 90 ; Bordeaux, 27 juill. 1871, Rivière, Dev., 1872, II, 221; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 17.)

155. — Ajoutons que, dans l'un et l'autre cas, le temps court du jour de la majorité, et non pas seulement du jour où le mineur, devenu majeur, prétendrait avoir eu connaissance de l'acte, contre lequel il forme une action en nullité ou en rescision.

Le texte de l'article 1304 est formel; il ne comporte aucune distinction. (Comp. Cass., 30 mars 1830, Dev., 1830, I, 238; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 279; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 26.)

156. — Le temps ne court, à l'égard des actes faits

par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée. (Art. 1304.)

C'est-à-dire du jour où la cause, d'où dérive l'action en nullité ou en rescision, a cessé d'exister. (Comp. *supra*, n° 143.)

157. — L'article 1304 ne mentionne pas les personnes soumises à un conseil judiciaire.

« Mais, dit M. Larombière, il est évident que, quant aux actions en nullité ou en rescision qu'elles peuvent intenter, le délai de dix ans ne court, à leur égard, comme à l'égard des interdits, que du jour où la défense de procéder sans conseil aura été levée, ou du jour de leur décès, si elle n'a point été levée. » (T. IV, art. 1304, n° 25.)

Telle est aussi la solution, que nous avons proposée. (Comp. notre *Traité de la Minorité; de la Tutelle*, etc., t. II, n° 766.)

Nous devons dire, toutefois, que cette solution est controversée. (Comp. Angers, 27 juill. 1859, Chaslon, Dev. 1860, II, 29; Cass., 6 juin 1860, Jamard, Dev., 1860, I, 593; et les *Observations* de M. G. Massé, *h. l.*)

Nous croyons devoir pourtant maintenir notre doctrine.

L'individu, pourvu d'un conseil judiciaire, a fait, sans l'assistance de son conseil, un acte pour lequel cette assistance était requise.

Il a donc, contre cet acte, une action en nullité ou en rescision.

A partir de quel jour la prescription de dix ans commencerait-elle à courir contre lui?

A partir du jour même de l'acte.

Mais, est-ce que cela est possible!

Est-ce que la même cause, qui a produit l'action en nullité ou en rescision, ne fait pas obstacle, tant qu'elle dure, à ce que l'action se prescrive! (Comp. *supra*, n° 143.)

On objecte que la prescription n'est pas suspendue, en faveur des invidus pourvus d'un conseil judiciaire, comme elle est suspendue en faveur des interdits.

Il est vrai!

Mais ce que l'article 1304 établit, ce n'est pas, nous avons eu soin de le remarquer, une suspension de prescription; il marque à la prescription spéciale dont il s'agit, un point de départ, avant lequel elle ne peut pas naître; il frappe, en un mot, l'action, tant que ce point de départ n'est pas venu, d'une imprescriptibilité temporaire.

Et l'imprescriptibilité est fondée sur cette raison, qui est commune à tous les incapables, sans distinguer ceux en faveur desquels la prescription est suspendue, comme les mineurs et les interdits, et ceux en faveur desquels elle ne l'est pas, comme les femmes mariées; à savoir : que la présomption de ratification tacite, qui sert de base à l'article 1304, ne saurait exister, en ce qui les concerne, tant que dure leur incapacité. (Comp. Duranton, t. III, n° 810; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 279; Valette, *Explic. sommaire du Code civil*, p. 388, n° 43.)

158. — Le troisième alinéa de l'article 1304 est-il applicable aux actes antérieurs à l'interdiction, qui peuvent être annulés, conformément à l'article 503, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ils ont été faits?

En d'autres termes, la prescription de l'action en nullité ou en rescision contre ces actes court-elle du jour où ils ont été faits, ou seulement du jour où l'interdiction est levée?

On peut soutenir, avec force, que la prescription, en cas pareil, commence à courir du jour de l'acte, suivant la règle générale, puisque l'article 1304 ne fait exception à cette règle que pour les actes passés par l'interdit. (Comp. Toullier, t. IV, n° 616.)

Nous croyons pourtant qu'il faut y appliquer la dis-

position du troisième alinéa de l'article 1304, et que la prescription ne commence aussi à courir, pour ces actes, que du jour de la main levée de l'interdiction.

C'est que, en effet, le législateur, dans l'article 503, fait rétroagir, dans une certaine mesure, l'effet du jugement d'interdiction; de sorte que l'on peut dire, des actes dont il s'agit dans l'article 503, comme des actes dont il s'agit dans l'article 502, qu'ils ont été passés par un interdit. (Comp. notre *Traité de la Minorité; de la Tutelle*, etc., t. II, nos 652 et 658; Aix, 17 fév. 1832, Dev., 1832, II, 264; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 280.)

159. — Aux termes de l'article 39 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés :

« Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil.

« Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne retenue, qui aura souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle en aura eue, après sa sortie définitive de la maison d'aliénés.

« Et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification, qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue, depuis la mort de leur auteur.

« Lorsque les dix ans auront commencé de courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers. »

Cette détermination nouvelle du point de départ des dix ans est notable; et on ne saurait méconnaître combien elle est plus prévoyante; car elle répond, de la manière la plus topique, à l'objection que nous avons vue s'élever contre la disposition de l'article 1304.

L'interdit, en effet, peut avoir perdu le souvenir de l'acte qu'il a fait; et si cet acte a reçu son exécution, il

se trouvera, après le laps de dix ans, irrévocablement lié par un acte, dont il n'avait pas eu connaissance! (Comp. *supra*, n° 137.)

Il est donc permis d'exprimer le vœu que cette amélioration soit étendue aux autres cas semblables.

Mais ce n'est qu'un vœu, que les jurisconsultes peuvent exprimer.

Cette disposition de la loi du 30 juin 1838 est spéciale; et il n'appartiendrait qu'au législateur de la généraliser.

Quant à présent, elle ne déroge pas aux dispcsitions de l'article 1304. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle*, etc., t. II, n° 859-860.)

160. — Supposons pourtant qu'une personne interdite a été placée dans un établissement d'aliénés.

Pendant le temps qu'elle y était retenue, elle a fait une convention.

Laquelle des deux dispositions lui sera applicable, quant au point de départ du délai des dix ans de l'action en nullité :

L'article 1304, qui le fait courir du jour de la mainlevée de l'interdiction?

Ou l'article 39 de la loi du 30 juin 1838, qui le fait courir du jour de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle en aura eue, après sa sortie définitive de la maison d'aliénés?

D'après la solution généralement admise, c'est l'article 1304 qu'il faut appliquer en ce cas. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 280; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 24.)

Quelle contradiction néanmoins, et, pourrions-nous dire, quelle inconséquence!

Si la personne placée dans un établissement d'aliénés, n'a pas été interdite, l'article 39, avec sa disposition favorable, lui sera appliquée.

Et cet article ne lui sera pas appliqué, si elle a été interdite et parce qu'elle a été interdite;

C'est-à-dire parce que la preuve de sa démence a été judiciairement constatée! (Comp. notre *Traité* précité, *loc. supra cit.*)

161. — Nous venons de nous occuper :

1° Des personnes, qui ont été interdites ;

2° Des personnes (non interdites ou interdites), qui ont été placées dans un établissement d'aliénés.

Mais il y encore une troisième catégorie, qu'il faut examiner ; à savoir :

3° Les personnes en état de démence, qui n'ont été ni interdites ni placées dans un établissement d'aliénés.

Quel sera le point de départ de la prescription de l'action en nullité contre un acte fait par un individu de cette dernière classe ?

D'éminents auteurs enseignent que la prescription ne commencera à courir que du jour où il aura définitivement recouvré sa raison ; et cela même, sans aucune considération des intervalles lucides :

« Si un simple vice de consentement, tel que l'erreur ou le dol, disent MM. Aubry et Rau, forme, tant qu'il existe, obstacle au cours de la prescription, à plus forte raison doit-il en être de même de l'absence complète de consentement. » (Sur Zachariæ, t. IV, p. 280 ; comp. Aix, 17 févr. 1832, Audibert, Dev., 1832, II, 266.)

Mais cette doctrine, ainsi formulée, ne nous paraît pas juridique.

De deux choses l'une :

Ou l'acte est attaqué, en effet, *pour absence complète de consentement ;* et alors, c'est un acte *nul* et non pas un acte *annulable ;* ce n'est pas l'article 1304, qu'il faut appliquer, c'est l'article 2262 ; la prescription sera donc, non pas de dix ans, mais de trente ans ; et elle commencera à courir du jour de l'acte, puisque aucune disposition de nos lois ne suspend la prescription en faveur des personnes en état de démence. (Comp. notre *Traité de la Minorité ; — de la Tutelle*, etc., t. II, n°s 660-661).

Ou, au contraire, l'acte est attaqué pour cause de violence, de dol et d'erreur; et alors, il est seulement annulable; il faut appliquer l'article 1304; d'où il suit que, conformément à cet article, la prescription commencera à courir du jour de la cessation de la violence ou de la découverte du dol ou de l'erreur. (Comp. Bordeaux, 14 janv. 1857, Lavignac, Dev., 1857, II, 353.)

162. — Rappelons, avant de terminer cette partie de notre sujet, que lorsqu'une personne est décédée en état de minorité ou d'interdiction, c'est à partir du jour de son décès que la prescription de l'action en nullité ou en rescision commence à courir contre ses héritiers. (Comp. notre *Traité de la Minorité; de la Tutelle*, etc., t. II, n° 154.)

163. — En dehors des exceptions, que nous venons d'exposer, la règle générale est donc que la prescription de l'action en nullité ou en rescision commence à courir du jour même de l'acte. (*Supra*, n° 142.)

Cette règle est incontestable, dans le cas où l'acte est pur et simple, sans terme et sans condition.

Mais faut-il l'appliquer aussi, dans le cas où l'acte a été fait sous un terme ou sous une condition suspensive?

La prescription, dans ce cas, ne commence-t-elle à courir que du jour de l'échéance du terme, ou du jour de l'accomplissement de la condition?

En ce qui concerne le terme, l'opinion générale paraît être qu'il ne fait pas obstacle à ce que la prescription commence à courir du jour de l'acte, dès avant son échéance. (Comp. Toullier, t. IV, n° 611; Duranton, t. XII, n° 533; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 19.)

Mais, au contraire, en ce qui concerne la condition, on décide généralement qu'elle fait obstacle, tant qu'elle est en suspens, à ce que la prescription de l'action en nullité commence. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 184, note 2; Toullier, t. IV, n° 609; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 32.)

Nous sommes, pour notre part, plus porté à croire qu'il ne faut pas distinguer entre le terme et la condition, et que ni l'un ni l'autre ne fait obstacle à ce que la prescription commence à courir du jour de l'acte, avant l'échéance du terme et avant l'accomplissement de la condition.

C'est que, en effet, il s'agit ici d'une prescription spéciale, fondée sur un motif particulier, et qui doit être, conformément à l'article 2264, gouvernée par les règles, qui lui sont propres.

Ce motif particulier, qui sert de base à la prescription de l'article 1304, c'est une présomption de ratification de la part du contractant, auquel appartient l'action en nullité ou rescision ;

Or, ni le terme ni la condition ne nous paraissent faire obstacle à cette présomption.

« Le débiteur, dit le judicieux annotateur de Toullier, a droit d'agir, nonobstant le terme ou la condition, contre l'engagement, qu'il a contracté. Il lui importe même d'être libéré de suite ; et d'ailleurs, s'il tarde trop longtemps, les preuves du dol et de la violence peuvent disparaître. Sans doute (dans le cas de condition suspensive), l'obligation peut ne pas naître ; mais le contraire peut arriver. » (Duvergier, sur Toullier, t. IV, n° 609, note *b;* comp. Duranton, t. XII, n° 534 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 330.)

Objectera-t-on l'article 2257, d'après lequel la prescription ne court point, à l'égard d'une créance, qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive?

Mais ce même article dispose aussi que la prescription ne court pas, à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé ;

Or, on reconnaît que cette disposition de l'article 2257, qui est relative au terme, n'est pas applicable à la prescription de l'article 1304 ;

Donc, il doit en être de même de la disposition, qui est relative à la condition;

Et cela, par le motif qu'en a fourni M. Duvergier, que la condition, pas plus que le terme, n'est finalement exclusive de la présomption d'une ratification tacite.

164. — Nous avons encore à examiner, sur le point de départ de la prescription de dix ans, une dernière question, qui n'est pas la moins intéressante ni la moins délicate des nombreuses questions, que ce vaste sujet soulève.

Il s'agit de savoir si la prescription spéciale de dix ans, de l'article 1304, est distincte et indépendante de la prescription générale de trente ans, de l'article 2262 ;

Ou si, au contraire, la prescription spéciale rentre elle-même dans la prescription générale, pour s'y confondre et s'y éteindre.

Paul a vendu un immeuble à Pierre; la vente a reçu son exécution par la tradition de l'immeuble et par le payement du prix.

Mais voilà que, plus de trente ans après, Paul forme une action en nullité ou en rescision de cette vente contre Pierre, pour cause de dol; comme il s'est écoulé plus de dix ans depuis le jour de la vente, il offre de prouver qu'il n'a découvert le dol que depuis moins de dix ans, et que, par conséquent, son action en nullité ou en rescision n'est pas prescrite, conformément à l'article 1304.

A quoi Pierre réplique que son action est prescrite, conformément à l'article 2262, puisqu'il s'est écoulé plus de trente ans depuis le jour de la vente.

A l'appui de cette prétention de Pierre, défendeur à l'action en nullité ou en rescision, on peut assurément présenter des arguments d'une grande force :

1° Aux termes de l'article 2262 :

« Toutes les actions, tant réelles que personnelles, « sont prescrites par trente ans, sans que celui qui

« allègue cette prescription, soit obligé d'en rapporter « un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception dé- « duite de la mauvaise foi. »

Toutes les actions !...

Or, qui dit tout, n'excepte rien ;

Et, par conséquent aussi, les actions en nullité ou en rescision, qui sont organisées par l'article 1304.

2° On objecte l'article 2264, d'où l'on conclut que l'article 1304 institue une prescription spéciale, tout à fait en dehors de la prescription générale de l'article 2262.

Mais la réponse est que ces deux prescriptions ne sont nullement inconciliables :

Par l'article 1304, la loi accorde dix ans pour former l'action en nullité ou en rescision, du jour où le dol est découvert;

Et par l'article 2262, la loi accorde trente ans pour découvrir le dol.

Trente ans, pour la découverte du dol ;

Dix ans, pour agir après la découverte du dol.

Telle est la combinaison du législateur, dans ces deux articles 1304 et 2262.

D'où il résulte que si la prescription de dix ans ne commence à courir que du jour de la découverte du dol, la prescription de trente ans commence à courir du jour de la convention.

On pourrait seulement excepter le cas de violence, d'après l'article 2232, aux termes duquel :

« Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription.

« La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé. »

Le législateur, comme on voit, n'excepte que la violence ; et cette exception n'a pas beaucoup d'importance; car il est évident que la violence, à la différence du dol ou de l'erreur, ne saurait se prolonger longtemps.

3° Ce serait d'ailleurs, ajoute-t-on, aller directement

contre l'esprit, qui a dicté les dispositions de l'article 1304, que d'écarter, d'une manière absolue, en matière d'actions en nullité ou en rescision, l'application de la prescription générale établie par l'article 2262. En limitant à dix années le délai pendant lequel ces actions peuvent être intentées, le législateur a clairement manifesté que, à ses yeux, elles méritaient moins de faveur que les actions ordinaires, qui ne se prescrivent que par trente ans (Aubry et Rau, sur Zachariæ, cit. *infra*).

Après trente ans accomplis, Pierre, l'acquéreur, peut donc dire au vendeur :

Je ne vous connais pas ! cet immeuble, que vous voulez me forcer de vous rendre, il y a trente ans que je le possède *animo domini*. Trente ans ! donc, je l'ai acquis par prescription.

Vous attaquez, dites-vous, mon titre !

Je ne m'en prévaux pas ; l'article 2262 m'en dispense.

Vous ajoutez que je suis de mauvaise foi !

Il n'importe ! l'article 2262 vous rend aussi non-recevable à me l'opposer.

Et si vous vouliez invoquer la maxime : *contra non valentem agere non currit præscriptio*, la réponse serait également facile ; c'est que la continuation de l'erreur ou de l'ignorance du dol ne formait qu'un obstacle de fait à l'introduction immédiate de l'action en nullité, et que les obstacles de cette nature n'arrêtent point le cours de la prescription.

4° Comment ! l'action en nullité ou en rescision d'une convention pourrait se prolonger au delà de la durée de la plus longue des prescriptions, pendant quarante ans et plus encore !

Mais rien ne serait plus contraire à l'esprit général de notre législation.

L'action en nullité ou en rescision n'est, en définitive, qu'un moyen pour faire admettre une demande en répétition ou en restitution ;

Or, le but essentiel de la prescription de trente ans est de garantir le patrimoine de toute ultérieure réclamation;

Donc, cette action demeure soumise à la prescription de trente ans; d'autant plus qu'elle ne présente qu'un intérêt pécuniaire, et qu'elle nécessite toujours, plus ou moins, une instruction, dont les preuves peuvent disparaître entièrement après un long espace de temps (comp. Paris, 22 juillet 1853, Potier, Dev., 1854, II, 49; Consultation de M. Duvergier, citée *h. l.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 282).

165. — Cette argumentation, si puissante qu'elle puisse paraître, n'est pourtant, à notre avis, nullement juridique.

Nous espérons pouvoir démontrer, au contraire, que l'article 1304 ne se confond pas avec l'article 2262, et que l'action en nullité ou en rescision est toujours recevable, dans les dix ans qui suivent la découverte du dol ou de l'erreur, lors même qu'il s'est écoulé plus de trente ans depuis la convention :

1° Aux termes de l'article 2264 :

« Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux qui sont mentionnés dans le présent titre, sont expliquées dans les titres, qui leur sont propres. »

Assurément, cet article n'a pas pour but ni pour résultat de soustraire les prescriptions particulières, qui sont établies dans plusieurs titres du Code, à toutes les règles de la prescription générale, qui est établie dans le titre qui y est consacré; c'est une observation, que nous avons déjà faite (*supra*, n° 134).

Mais, du moins, résulte-t-il de l'article 2264 que les prescriptions particulières ne sont pas soumises aux règles générales de la prescription, sur les points à l'égard desquels précisément il y est dérogé dans les titres, qui leur sont propres.

Or, l'article 1304 déroge à l'article 2262 sur deux

points : non-seulement en ce qui concerne la durée de la prescription, mais aussi en ce qui concerne le point de départ de cette durée.

Donc, on ne saurait, dans l'application de l'article 1304, invoquer l'article 2262, qui règle, par une disposition générale, *le temps requis pour prescrire*, puisque ce temps est réglé, par une disposition spéciale, dans l'article 1304, pour les actions en nullité ou en rescision.

Remarquons bien, qu'il ne s'agit pas, dans la question qui nous occupe, de la durée de la prescription !

Il s'agit du point de départ de cette durée.

Notre question est, en effet, uniquement celle-ci :

A partir de quel jour commence à courir la prescription de dix ans de l'article 1304 ?

Or, à cette question, l'article 1304 fait une réponse précise :

« Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts ; et, pour les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage ;

« Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée ; et, à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de la majorité. »

En présence d'un texte ainsi fait, il nous paraît impossible de prétendre, sans commettre une violation flagrante de la loi, que *le temps court*, ou, en d'autres termes, que la prescription commence à courir avant les époques, qu'il détermine d'une façon si nette !

2° Ce texte, d'ailleurs, est très-conforme au motif essentiel sur lequel repose cette prescription spéciale ; et, dans la pensée du législateur qui l'a instituée, il n'en pouvait pas être autrement.

Le motif de l'article, c'est une présomption de ratification de la part du contractant, auquel appartient l'action en nullité ;

Or, il est impossible de présumer une ratification, tant que dure la cause d'où résulte l'action en nullité ou en rescision, puisque la ratification serait infectée du même vice que la convention !

Supposez, en effet, que chaque jour, avant la découverte du dol, la partie ait fait une nouvelle convention, ou qu'elle ait confirmé expressément la convention qu'elle a faite; ni cette convention nouvelle, ni cette ratification expresse ne lui feraient perdre son action en nullité ou en rescision (art. 1338).

Comment serait-il donc possible qu'elle la perdît par une simple présomption de ratification tacite! (Comp. art. 1115.)

Voilà précisément ce que M. Bigot-Préameneu, présentant le projet de l'article 1304 au Corps législatif, exprimait en termes excellents et décisifs :

« Pendant tout le temps qu'elle dure (la violence), ELLE RENOUVELLE ET CONFIRME *le droit de se pourvoir;* et le délai ne serait plus de dix ans, s'il commençait plus tôt. »

Et pour le cas d'erreur ou de dol, il ajoutait :

« *Il faut, pour que le délai dans lequel l'action doit être formée, commence,* qu'il ait été possible de l'intenter. Ainsi, dans le cas d'erreur ou de dol, ce ne peut être que du jour où ils ont été découverts. » (Fenet, t. XIII, p. 287.)

C'est là, en effet, ce qui caractérise cet intervalle, qui s'écoule entre le jour de la convention et le jour de la découverte du dol.

Ce n'est pas une prescription suspendue.

C'est une imprescriptibilité (comp. *supra,* n° 144);

Imprescriptibilité temporaire, résultant de l'impossibilité de la ratification;

De la ratification, qui est le seul moyen de purger une convention annulable de l'action en nullité ou en rescision, à laquelle elle est soumise.

Que l'on n'oppose donc pas l'article 2262, qui dispose que la prescription de trente ans commence à courir du jour de la convention.

Car il n'y a pas, aux termes de l'article 1304, de prescription possible avant la découverte du dol!

3° Notons encore que c'est un délai de dix ans, que l'article 1304 accorde pour l'exercice de l'action en nullité ou en rescision.

Dix ans, à compter du jour de la découverte du dol!

Or, ainsi que le disait M. Bigot-Préameneu, *ce délai ne serait plus de dix ans, s'il commençait plus tôt.*

Évidemment!

Ce délai pourrait n'être que d'un an, de six mois et de moins encore, si, en effet, la découverte du dol, par suite de circonstances particulières, n'avait lieu que très-peu de temps avant l'expiration des trente ans de l'article 2262.

166. — Nous avons toujours supposé, jusqu'à présent, qu'il s'agit d'une action en nullité ou en rescision, qui a pour cause un vice du consentement, notamment le dol.

Telle est, en effet, l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt de la Cour de Paris, du 22 juillet 1853 (cité *supra*, n° 164).

Et il est notable que les jurisconsultes, qui défendent la doctrine, que nous croyons devoir combattre, se sont renfermés dans cette espèce, et n'ont traité la question qu'au point de vue des vices du consentement, sans la traiter au point de vue de l'incapacité des parties contractantes (comp. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. IV, p. 282).

La question est la même pourtant, à l'égard de toutes les causes de rescision ou de nullité, dont l'article 1304 s'occupe.

Aussi, avons-nous à cœur d'amener les dissidents

sur ce terrain, qu'ils n'ont pas abordé ; car, si nous ne nous abusons pas, le combat va devenir, pour eux, très-difficile !

En effet, c'est par une seule et même disposition, que l'article 1304 détermine le point de départ des dix ans de l'action en nullité, pour les vices du consentement et pour l'incapacité des parties.

Et si, pour les vices du consentement, la prescription de dix ans de l'article 1304 est absorbée par la prescription de trente ans de l'article 2262, il en doit être nécessairement de même pour l'incapacité des parties.

Eh bien ! donc, supposons que c'est une femme mariée qui a fait une convention, sans autorisation de son mari ni de justice.

Le mariage a duré plus de trente ans, depuis le jour où cette convention a été passée.

Et après sa dissolution, dans les dix ans, la femme, devenue veuve, forme l'action en nullité ou en rescision.

Est-il, en vérité, possible de soutenir que son action est prescrite?

Mais alors, que devient le texte de l'article 1304, qui ne fait courir, contre elle, la prescription que *du jour de la dissolution du mariage ?*

On présumerait donc que cette femme a fait une ratification, tandis qu'elle n'a pas cessé d'être, *après* la convention, dans le même état d'incapacité où elle était *au moment de cette convention !*

Allons plus loin.

C'est une femme mariée sous le régime dotal, qui a consenti, avec l'autorisation de son mari, l'aliénation de l'immeuble, qu'elle s'est constitué en dot (art. 1554).

Plus de trente années s'écoulent, durant le mariage, depuis cette aliénation.

Et voilà la femme, devenue veuve, qui demande, dans les dix ans du jour de la dissolution du mariage, la nullité de l'aliénation.

Nous partons de ce point, qui est généralement reconnu, et dont nous nous réservons de fournir, plus tard, la preuve, que l'aliénation du fonds dotal, ainsi consentie, est annulable seulement et non pas nulle, et que, par conséquent, la femme (ou ses héritiers) ont une action en nullité ou en rescision, dans les termes de l'article 1304.

Cette action en nullité, direz-vous qu'elle est prescrite, parce qu'il s'est écoulé, pendant le mariage, plus de trente ans, depuis le jour de l'aliénation ?

Mais alors, vous ne violerez pas seulement le texte de l'article 1304, qui ne fait courir la prescription que du jour de la dissolution du mariage ;

Vous violerez encore le texte des articles 1560 et 2255.

Article 1560 : « Si, hors les cas d'exception, qui vien-
« nent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les
« deux conjointement, aliènent le fonds dotal, la femme
« ou ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation,
« *après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse leur*
« *opposer aucune prescription pendant sa durée....* »

Article 2255 : « Néanmoins, elle ne court point (la
« prescription) *pendant le mariage,* à l'égard de l'aliénation
« d'un fonds constitué selon le régime dotal, conformé-
« ment à l'article 1561 (1560), au titre *du Contrat de ma-*
« *riage et des Droits respectifs des époux.* »

Les explications, que nous venons de présenter, nous paraissent avoir suffisamment affranchi, pourrions-nous dire, la prescription décennale de l'article 1304 de l'application de la prescription trentenaire de l'article 2262.

On objecte que cet article s'applique à *toutes les actions tant réelles que personnelles.*

Nous venons, ce nous semble, de démontrer le contraire, en ce sens du moins qu'il y a des cas, et des plus importants, où une action se trouve frappée d'une imprescriptibilité temporaire, dont la durée n'entre pas dans le compte de l'article 2262.

Ajoutons, avec notre savant collègue, M. Valette, que les articles 315 et 316 témoignent encore de l'inexactitude de cet argument :

« Pourquoi ne dirait-on pas aussi que, trente ans après la naissance d'un enfant, le mari de la mère ou les héritiers du mari sont non recevables à intenter l'action en désaveu de paternité, *bien que la fraude n'ait pas été découverte par le mari, et que les héritiers n'aient été aucunement troublés par l'enfant dans la possession des biens de leur auteur !* » (Cité *infra.*)

Et, enfin, quand on objecte encore ces mots de l'article 2262 :

« .... Sans que celui qui allègue cette prescription (de « trente ans), soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on « puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise « foi. »

La réponse est aussi très-simple.

Cela signifie, en effet, seulement, que la prescription trentenaire de l'article 2262 diffère, sous ce double rapport, de la prescription décennale de l'article 2265 : que, dans la première, il n'est besoin ni de titre ni de bonne foi, tandis que ces deux conditions sont nécessaires dans la seconde.

Mais tout ceci, tout cet ordre de faits et de principes est étranger à notre prescription spéciale de l'article 1304.

Cette prescription spéciale, c'est une ratification tacite, qui produit, par un second consentement purgé des vices qui entachaient le premier, *la validité d'une convention.*

Or, ainsi que le dit encore excellemment M. Valette, *nul n'acquiert, par prescription, la validité d'un contrat!* (Comp. Consultation de MM. Valette, Duranton et Demante, Dev., 1854, II, 49-51; Larombière, t. IV, art. 1304, n° 29; Seligman, *Revue critique,* 1854, t. V, p. 447.)

III

Quels sont les effets de l'action en nullité ou en rescision.

SOMMAIRE.

167. — Exposition.
168. — La règle est que la nullité ou la rescision, prononcée en justice, a pour effet de remettre les choses au même et semblable état qu'avant la convention annulée ou rescindée.
169. — Division.
170. — A. — De l'effet de la nullité ou de la rescision, à l'égard des tiers.
171. — B. — De l'effet de la nullité ou de la rescision, à l'égard des parties.
172. — Suite.
173. — Suite.
174. — Suite.
175. — Suite.
176. — Suite.
177. — Du cas ou la restitution est prononcée au profit d'un incapable, contre un autre incapable.
178. — Suite.
179. — Suite.
180. — Suite.

167. — Le législateur de notre Code n'a pas, si l'on excepte la disposition spéciale de l'article 1312, réglementé les effets de l'action en nullité ou en rescision.

Mais il est facile de les déterminer d'après les traditions anciennes et les principes généraux du droit.

168. — Le jurisconsulte Paul a dit :

« *Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.* » (L. 24, § 4, ff. *de Minoribus.*)

Telle était la *restitution* romaine.

Telle est aussi la *restitution* ou la *rescision* française;

C'est-à-dire que la nullité ou la rescision, prononcée en justice, a pour effet de remettre les choses au même et semblable état qu'avant la convention annulée ou rescindée.

On applique alors la maxime :

« *Quod nullum est, nullum producit affectum.* »

C'est, en un mot, conformément au texte de l'ar-

ticle 1234, et à toute l'économie de notre chapitre actuel, un mode d'extinction des obligations, que la convention avait produites.

Et on peut dire que ce mode d'extinction a l'effet d'une condition résolutoire, anéantissant, dans le passé, l'existence même de la convention annulée (comp. art. 1183; comp. le t. II de ce *Traité*, nos 537 et suiv.; Merlin, Répert., vo *Rescision*, no 4; Toullier, t. IV, no 543; Duranton, t. XII, no 541; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 259; Larombière, t. IV, art. 1304, no 1).

169. — Cet effet se produit :

A. — Soit à l'égard des tiers;

B. — Soit à l'égard des parties contractantes.

Nous l'avons déjà présenté, sous ce double rapport, dans son application à la rescision d'un partage pour cause de dol, de violence ou de lésion (art. 887; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, nos 498 à 511).

Et comme les principes, que nous avons exposés à cette place, sont généralement applicables à toutes les actions en nullité ou en rescision, dont il est question dans les articles 1304 et suivants, nous pouvons, pour éviter des redites, nous référer aux développements, que nous y avons consacrés.

170. — A. A l'égard des tiers, la conséquence du principe, que nous venons de poser, est qu'il faut appliquer la maxime :

Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis (art. 1179, 1183, 1681, 2125; comp. toutefois, sur les modifications que cette règle peut comporter, nos *Traités* cités *supra*, nos 168-169).

171. — B. Et à l'égard des parties, la conséquence en est qu'elles sont tenues respectivement de se restituer ce qu'elles ont reçu par suite de l'acte, dont la nullité ou la rescision a été prononcée (comp. art. 1183, deuxième alinéa).

172. — L'article 1312 apporte, toutefois, à cette règle, une exception importante, en ces termes :

« Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes « mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer « contre leurs engagements, le remboursement de ce qui « aurait été, en conséquence de ces engagements, payé « pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne « peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce « qui a été payé a tourné à leur profit. »

Le législateur, en ouvrant, au profit des incapables, une action en nullité ou en rescision contre les actes qu'ils ont faits, a eu pour but de les exonérer des dommages, que ces actes pourraient leur causer.

Or, ce but ne serait pas atteint, si, après la nullité ou la rescision prononcée, ils n'étaient pas restitués contre les conséquences dommageables de ces actes, en tant, bien entendu, qu'elles résultent de leur incapacité (comp. Cass., 25 août 1841, Cabonis, Dev., 1841, I, 782; Cass., 27 déc. 1843, Cabonis, Dev., 1844, I, 332).

173. — Les incapables restitués contre leur engagement, ne peuvent donc plus être obligés en vertu de cet engagement même, qui vient d'être annulé.

Ils ne peuvent plus être obligés qu'en vertu de la règle d'équité, qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Tel est le principe, que l'article 1312 consacre, en disposant que le remboursement de ce qui aurait été payé, en conséquence de ces engagements, ne peut être exigé de l'incapable, *à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à son profit.*

C'est une application de la doctrine, qui a été déjà consacrée dans l'article 1241 :

« Le payement fait au créancier n'est point valable, « s'il était incapable de le recevoir, *à moins que le débi-* « *teur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du* « *créancier.* »

Aussi pouvons-nous, sur cette disposition de l'article 1312, nous référer aux explications, que nous avons

fournies sur la disposition de l'article 1241 (comp. le tome IV de ce *Traité*, nos 191 et suiv.; Cass., 21 janv. 1855, Mauld, Dev., 1856, I, 56).

174. — Évidemment, c'est à la partie qui affirme que ce qui a été payé a tourné au profit de l'incapable, qu'incombe le fardeau de la preuve (*loc. supra cit.*, n° 193).

Et cette preuve, il faut qu'elle la fournisse, abstraction faite des titres, qui ont pu être dressés pour constater l'engagement, puisque ces titres sont annulés avec l'engagement lui-même.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que si le prêteur invoque l'article 1312 du Code Napoléon, pour réclamer le remboursement des sommes qu'il aurait payées pendant la minorité, il ne peut, en tous cas, y être fondé que s'il prouve, abstraction faite des actes annulés, la réalité des payements qu'il prétend avoir effectués, et le profit, que le mineur en aurait tiré.... » (1er juin 1870, Métayer, Dev., 1870, I, 387.)

175. — Faut-il que le profit, que l'incapable a pu tirer de ce qui lui a été payé, subsiste encore au moment de sa demande?

Ou suffit-il qu'il ait fait de ce qui lui a été payé, un emploi utile et profitable, lors même que, par un cas fortuit, ce profit n'existerait plus au moment de la demande?

Question fort controversée.

Nous persistons, pour notre part, à croire, malgré des dissentiments considérables, que cette dernière thèse est la plus juridique et la plus équitable (comp. le t. IV de ce *Traité*, nos 194-195).

176. — Ce n'est, toutefois, qu'autant que les incapables sont restitués, en raison même de leur incapacité, que notre texte est applicable :

« Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, *en ces qualités*, à se faire restituer contre leur engagement.... »

La raison en est évidente!

Puisque ce n'est, en effet, qu'en cette qualité d'incapables, que la restitution leur est accordée (comp. Larombière, t. IV, art. 1312, n° 3.)

177. — La disposition de l'article 1312 est générale; elle doit, en conséquence, être appliquée dans tous les cas; et cela, lors même que la restitution est prononcée au profit d'un incapable contre un autre incapable.

Cette proposition implique que la restitution, en effet, peut être prononcée au profit d'un incapable contre un autre incapable.

Ce qui est hors de doute.

Un mineur, par exemple, qui a contracté avec un aumineur, peut certainement être restitué pour cause de lésion :

.... *Si minor adversus minorem restitui, desiderat..., et puto audiendum....* » disait Ulpien, (L. II, § 6 ff. *de Minoribus.*)

Telle est aussi la conséquence de l'article 1305, qui ne fait aucune distinction.

Eh bien! donc, dans ce cas, la disposition de l'article 1312 est applicable, comme dans tous les autres cas.

Et le mineur restitué n'est, en conséquence, tenu de rendre ce qui lui a été payé par l'autre mineur, qu'autant que celui-ci, ou son représentant, prouve que ce qui lui a été payé a tourné à son profit (comp. Merlin, Répert., v° *Mineur,* § IX, n° 3; Toullier, t. IV, n° 591; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 258; Larombière, t. IV, art. 1312, n° 14).

178. — L'application de ce principe ne soulève aucune objection, lorsqu'un seul des deux mineurs a été lésé par la convention, qu'ils ont faite ensemble.

Il est alors, en effet, possible de réparer la lésion, que l'un éprouve, sans causer une lésion à l'autre.

Un mineur a vendu à un autre mineur, pour 500 fr., un meuble qui vaut 1000 fr.

Le vendeur a conservé le prix.

L'acheteur a conservé le meuble.

En cet état, le vendeur demande la nullité ou la rescision de cette vente pour cause de lésion; et il l'obtient.

Rien de plus simple!

Le mineur, acheteur, restitue le meuble, qui lui a été livré.

Le mineur, vendeur, restitue le prix de 500 francs, qui lui a été payé.

Objectera-t-on que le mineur, acheteur, éprouve une lésion par l'effet de cette restitution, que le mineur vendeur obtient contre lui, puisqu'il va rendre un meuble de 1000 fr. pour ne recevoir que 500 fr.?

Une lésion?

Oh! non pas, certes; car il est purement et simplement remis au même état qu'avant la vente.

Il ne perd donc rien; seulement, il ne gagne pas.

Et ceci est justice! car, ce gain n'était pas de bon aloi; il était le résultat inique de l'inexpérience et des passions peut-être de son cocontractant.

179. — Mais supposons que les mineurs ont été lésés, tous les deux, par la convention, qu'ils ont faite ensemble.

« .... *Si ambo capti sunt....* » disait Ulpien, qui prévoit aussi cette hypothèse.

Un mineur emprunte d'un autre mineur une somme de 1000 fr., qu'il dissipe en folles dépenses.

Et il obtient ensuite la restitution contre son engagement.

Que doit-il restituer?

Rien! puisque rien n'a tourné à son profit.

On se récrie : mais l'autre mineur, le voilà lésé du tout au tout!

Ne peut-il donc pas demander aussi à être restitué contre ce prêt imprudent, qui n'est aussi, de sa part, que le résultat de sa légèreté et de son inexpérience?

Assurément oui ! il peut, de son côté, demander à être restitué.

Nous l'avons dit déjà, l'article 1312 est général; et il peut être invoqué par tout incapable.

Lors donc que deux incapables ont contracté ensemble, et qu'ils ont été lésés tous les deux, chacun d'eux a, de son côté, une action en nullité ou en rescision de son engagement ;

Une action, disons-nous, isolée et distincte, que chacun, en effet, doit exercer d'une manière distincte et isolée.

Notre mineur, en conséquence, qui a fait ce prêt de 1000 fr. à un autre mineur, peut demander la rescision de ses engagement.

Mais après?

L'effet de cette rescision sera d'obliger le mineur emprunteur à restituer ce qui aura tourné à son profit, de la somme de 1000 fr. qui lui a été payée ;

Or, nous supposons qu'il a follement dissipé toute cette somme;

Donc, il n'aura rien à rendre !

C'est-à-dire que l'effet de la restitution obtenue à son tour par le mineur prêteur, sera nul.

C'est précisément ce que répondait Paul :

« .... *melior est causa consumentis....* » (L. 34, princ. ff. *de Minoribus.*)

Ulpien répondait de même :

« *Melior est causa ejus qui accepit, et dilapidavit, et perdidit.* » (L. II, § 6 ff. *eod.*)

Ce résultat peut, il est vrai, sembler peu moral.

Comment ! la condition la meilleure sera celle du mineur, qui a dissipé et dilapidé les deniers!

Aussi, M. Colmet de Santerre objecte-t-il que, dans une matière régie par l'équité, comme celle de la rescision des actes des mineurs, il est dangereux d'attacher tant d'importance à la possession, au rôle de défendeur ; et il propose, en conséquence, de répartir la perte entre les

deux parties. Pour chacun des deux mineurs, donc, 500 fr. de perte (t. V, n° 270 *bis*, XXIII).

Mais cette répartition, si équitable qu'elle puisse paraître, est, suivant nous, impossible.

Le mécanisme tout entier de notre action en nullité ou en rescision y résiste.

Il ne faut pas en effet perdre de vue le double principe que nous avons posé; à savoir :

D'une part, que cette action est accordée à tout incapable lésé;

Et aussi, d'autre part, qu'elle est indépendante de la capacité de la personne contre laquelle elle est exercée.

Voilà ce qui résulte des articles 1305 et 1312.

Le mineur prêteur demande, contre le mineur emprunteur, la restitution; c'est son droit; il l'obtient, aux termes de l'article 1305.

Mais, quand il veut ensuite exiger de l'autre mineur le remboursement de ce qu'il lui a prêté, il tombe nécessairement sous l'application de l'article 1312, qui ne fait aucune distinction entre le cas où la restitution a été obtenue par une personne incapable contre une personne capable, et le cas où elle a été obtenue par une personne incapable contre une autre personne également incapable (comp. les citations *supra*, n° 207).

180. — Deux mineurs ont fait entre eux un échange.

De ce que nous venons de dire, il résulte que chacun d'eux, s'il est lésé, pourra, de son côté, former une action en nullité ou en rescision.

Et si on suppose que chacun d'eux obtient, en effet, la restitution de son engagement, il y aura lieu, de part et d'autre, à l'application de l'article 1312;

C'est-à-dire que chacun d'eux devra restituer à l'autre l'objet reçu par lui en échange, jusqu'à concurrence de ce qui sera prouvé avoir tourné à son profit.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT.

EXPOSITION. — DIVISION.

SOMMAIRE.

181. — Observation sur l'*intitulé* de ce chapitre, dont les dispositions sont beaucoup plus générales qu'il ne l'annonce.
182. — Diverses significations du mot : preuve.
183. — La preuve, dont il s'agit ici, la preuve judiciaire, n'est applicable qu'aux faits, aux points de faits, susceptibles d'être contestés. — Les points de droit ne sauraient être susceptibles d'une telle preuve.
184. — Suite. — Des usages locaux.
185. — Suite. — Des lois étrangères.
186. — Il est un certain nombre de règles générales, qui gouvernent tout le système des preuves, et dont il est nécessaire de présenter, avant tout, l'exposition.
187. — I. — Le fardeau de la preuve doit être imposé à celle des parties, qui prétend innover et changer la situation présente et acquise de l'autre partie. — Explication.
188. — Suite.
189. — La règle, qui vient d'être posée, est applicable aux matières réelles, aussi bien qu'aux matières personnelles.
190. — Suite.
191. — Des formules, que l'on emploie d'ordinaire, pour exprimer la distribution des rôles entre les parties, quant au fardeau de la preuve.
192. — De la preuve d'un fait négatif.
193. — Suite.
194. — La solution de la question de savoir : qui doit prouver? implique virtuellement la solution de la question de savoir : ce qui doit être prouvé.
195. — Des cas où il existe une présomption légale en faveur de l'une des parties.
196. — II. — La loi admet, en matière civile, cinq modes de preuves : la preuve littérale; — la preuve testimoniale; — les présomptions; — l'aveu de la partie; — le serment.
197. — Auxquelles il faut ajouter : les visites de lieux; — et les expertises.

198. — Du caractère et de la signification de la disposition de l'article 1316, qui énumère les modes de preuve admis par la loi.
199. — *Secundum allegata et probata judex judicare debet.* — Explication.
200. — Suite.
201. — Suite.
202. — Suite.
203. — Suite.
204. — Suite.
205. — Suite.
206. — Suite.
207. — III. — *Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstet, obtinebit.* — Explication.
208. — Suite.
209. — IV. — *Nemo tenetur edere contra se.* — Explication.
210. — Suite.
211. — V. — *Quod produco, non reprobo.* — Explication.
212. — Suite.
213. — VI. — *Frustra probatur quod probatum non relevat.* — Explication.
214. — VII. — *Omnia probant quod non singula.* — Explication.
215. — VIII. — On distingue deux sortes de preuves : *a* — la preuve directe et la preuve indirecte ; — *b* — la preuve complète et la preuve incomplète.
216. — *a.* — De la preuve directe et de la preuve indirecte.
217. — Suite.
218. — Suite.
219. — Suite.
220. — *b.* — De la preuve pleine ou complète et de la preuve semi-pleine ou incomplète.
221. — Transition.

181. — Il importe de remarquer d'abord combien cet *intitulé* est incomplet, et que les dispositions du chapitre, dans lequel nous entrons, sont beaucoup plus générales qu'il ne l'annonce !

Ces dispositions, en effet, ne s'appliquent pas seulement *à la preuve des obligations,* c'est-à-dire à la preuve des actes ou des faits juridiques, qui engendrent *les droits personnels;* elles s'appliquent aussi à la preuve des actes ou des faits juridiques, qui engendrent les *droits réels.*

Et de même, elles ne s'appliquent pas seulement *à la preuve du payement,* c'est-à-dire à la preuve des différents modes d'extinction *des droits personnels;* elles s'ap-

pliquent aussi à la preuve des différents modes d'extinction ou de transmission *des droits réels*.

La théorie des preuves embrasse évidemment tout ce qui concerne la formation et l'extinction des droits, soit personnels, soit réels, qui forment le domaine de la législation civile.

Or, les auteurs de notre Code en ont posé toutes les règles dans ce chapitre; et ils ne s'en sont occupés nulle part ailleurs.

Il est donc naturel ou plutôt il est nécessaire d'admettre qu'ils ont entendu que ces règles sur le système des preuves, en droit civil, étaient générales, et qu'elles s'appliquaient à tous les actes ou faits juridiques, d'où peut résulter la formation, la modification ou l'extinction d'un droit soit personnel, soit réel.

Autrement, nous serions, en dehors des termes si restrictifs de la rubrique de ce chapitre, absolument dépourvus de règles législatives!

Il se trouve bien, à la vérité, dans plusieurs titres du Code, des règles spéciales sur certains modes de preuve particuliers à la matière, dont chacun de ces titres s'occupe.

Mais les règles générales sur les preuves, c'est, disons-nous, dans ce chapitre V, que le législateur les a placées.

Pourquoi?

Sans doute, parce que l'occasion de s'en occuper s'est offerte à lui, pour la première fois, dans le titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général.*

Et voilà comment ces règles, qui sont générales, se trouvent placées sous une rubrique qui pourrait faire croire, bien à tort, qu'elles sont spéciales!

182. — Le mot *preuve,* dans son acception générale, signifie la démonstration de la vérité d'un fait.

Juridiquement, c'est la démonstration de la vérité d'un fait, qui est affirmé, dans une instance, par l'une des parties, et qui est nié par l'autre.

Il est employé très-usuellement, en matière judiciaire, dans trois acceptions distinctes :

1° Il exprime la preuve *qui se fait*, la preuve en action, ce que les docteurs ont appelé l'*actus probandi*. Paul, le demandeur, fait la preuve, qui est à sa charge.

2° Il exprime la preuve *faite;* Paul a fait sa preuve.

3° Enfin, il exprime les procédés à l'aide desquels la preuve peut être faite, c'est-à-dire les différents modes de preuve qui sont admis par la loi; on peut voir, dans l'article 1316, l'exemple de cette troisième acception, qui s'applique d'ailleurs aussi aux moyens de preuve, dont une partie peut être armée. Paul a, dans ses mains, la preuve de la légitimité de sa prétention.

183. — Nous avons défini la preuve : la démonstration de la vérité *d'un fait*.

C'est que, effectivement, il n'y a que les faits, les points de fait, susceptibles d'être contestés, qui puissent être l'objet de la preuve, que nous étudions, *de la preuve judiciaire*.

Les règles du droit ne sauraient être la matière d'une telle preuve.

Il suffit de lire l'article 1316, pour reconnaître que les différents modes de preuve, qu'il admet dans les contestations civiles, sont inapplicables aux points de droit.

La loi! on ne la *prouve* pas, dans le sens technique, où nous devons ici employer ce mot;

On la produit! Et si elle est obscure ou équivoque, on l'interprète !

Ce n'est pas alors de la théorie des preuves qu'il s'agit.

C'est de la théorie de l'interprétation. (Comp. notre *Traité de la Publication; — des Effets, et de l'Application des lois en général*, etc., n°s 114 et suiv.)

184. — Il faut toutefois excepter de la proposition qui précède, les usages locaux, dans les cas où le juge est appelé à en faire l'application.

La partie qui les invoque est tenue d'en fournir la preuve;

Et le juge doit, en conséquence, ordonner cette preuve, lorsque l'autre partie conteste l'existence ou le caractère de l'usage allégué.

Il s'agit alors effectivement de la preuve d'un fait, du fait de l'existence même de l'usage.

C'est ainsi que les usages commerciaux se prouvent par des *parères*, ou avis de négociants.

La notoriété alléguée par l'une des parties, ne saurait même dispenser le juge d'en ordonner la preuve, malgré la connaissance personnelle, qu'il pourrait en avoir, si cette notoriété était méconnue; car c'est encore le fait même de la notoriété, qu'il serait nécessaire de prouver. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle*, etc., t. I, n° 486.)

Telle paraît avoir toujours été, dans notre ancien droit, la règle admise sur ce point. (Comp. Loysel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. v, règles XI et XIII; Jousse, sur l'Ordonn. de 1667, tit. XIII, art. 1er.)

Telle doit être aussi la règle dans notre droit moderne;

Avec d'autant plus de raison, que le caractère variable des usages locaux ne permet pas toujours d'en affirmer la véritable portée, ni même parfois l'existence présente, à l'aide seulement de précédents judiciaires, qui pourraient remonter, dans le passé, à des époques plus ou moins anciennes. (Comp. Merlin, Répert., v° *Notoriété* (acte de), n° I; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 322.)

185. — La même exception doit être, par les mêmes motifs, appliquée aux lois étrangères, dans les cas où les juges français peuvent être appelés à en faire l'application. (Comp. notre *Traité de la Publication; — des Effets, et de l'Application des lois en général; — de la Jouissance et de la Privation des droits civils*, etc. n°s 247 et suiv.)

186. — Il est un certain nombre de règles générales, qui gouvernent tout le système des preuves.

Les articles 1315 et 1316 décrètent deux de ces règles, parmi les plus importantes.

Nous en ajouterons quelques autres, qui, pour n'avoir pas été décrétées expressément, n'en sont pas moins certaines, et auxquelles il est nécessaire de faire aussi une place dans l'exposition générale, que nous présentons.

187. — I. La première de ces règles est, disons-nous, posée dans l'article 1315, en ces termes :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit « la prouver.

« Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit « justifier le payement ou le fait, qui a produit l'extinc- « tion de son obligation. »

Qui doit prouver? — A qui incombe le fardeau de la preuve?

Question capitale, d'où le sort du procès peut dépendre! (Comp. *infra*, n° 207.)

Notre texte y fait une réponse, dont nous pouvons dire, avec M. Bonnier, qu'elle est une règle de raison et de sécurité sociale tout à la fois. (*Des Preuves*, n° 36.)

Au point de vue de la raison, en effet, et de la logique, c'est évidemment à la partie qui prétend innover et changer la situation présente, que doit être imposé le fardeau de la preuve. La présomption est que la situation présente, la situation acquise actuellement, de part et d'autre, est conforme à la vérité. L'une des parties prétend le contraire. Qu'elle le prouve donc! Ainsi l'exige le grand principe de l'*égalité judiciaire*. On ne saurait apparemment la croire, s'il est permis de dire ainsi, sur parole contre l'autre partie, qui nie ce qu'elle affirme! C'est donc le *statu quo*, qui doit faire, entre elles, la règle pour la distribution des rôles dans l'instance.

Au point de vue de l'intérêt social, qui ne voit les dangers immenses de la doctrine, par laquelle le demandeur serait dispensé de faire la preuve du changement qu'il veut apporter à la situation acquise du défendeur,

et que les droits les plus légitimes et les plus anciens se trouveraient ainsi menacés; les plus anciens surtout et presque toujours les mieux fondés, mais dont la preuve ne peut pas souvent, en raison de leur ancienneté même, être fournie rigoureusement par celui auxquels ils ont été transmis! A quel titre donc viendrait-on les soumettre à l'intolérable inquisition, qui serait inséparable d'un tel système, et qui constituerait un véritable attentat à la liberté non moins qu'à la fortune des citoyens!

188. — Telle est la prémisse, d'où dérivent les deux conséquences, que l'article 1315 en a législativement déduites :

D'une part, c'est à celui qui se prétend créancier contre un tiers qui le nie, de prouver l'existence de sa créance. La situation présente, la situation normale, ce n'est pas, bien entendu, l'existence de l'obligation. La présomption, au contraire, c'est l'absence du lien de l'obligation! c'est la liberté! (Comp. Cass., 12 mars 1850, Rocques, Dev., 1850, I, 257.)

Comme aussi, d'autre part, lorsque le demandeur a prouvé l'existence de l'obligation, ou (ce qui revient au même) lorsque le défendeur a reconnu l'existence de l'obligation, ou ne l'a pas niée, s'il prétend qu'il en est libéré par un mode d'extinction quelconque, c'est à lui de prouver ce mode de libération qu'il invoque; car c'est lui, maintenant, qui veut innover! La situation acquise, par la preuve que le demandeur a fournie, c'est l'existence de l'obligation à sa charge; et, par conséquent, c'est lui qui veut changer cette situation, lorsqu'il affirme que l'obligation a cessé d'exister.... *Reus in excipiendo actor est* (L. I, ff. *de Reus Probationibus.*)

Si le demandeur primitif fait, à son tour, une réplique au moyen invoqué par le défendeur, ce sera lui qui devra prouver que le moyen nouveau, par lequel il repousse le moyen invoqué par le défendeur, est fondé.

Et ainsi de suite, à l'infini, en appliquant toujours notre règle que c'est à celui-là, quel qu'il soit, demandeur ou défendeur, qui allègue un fait nouveau, contraire à la position actuellement acquise de l'adversaire, à prouver la vérité de ce fait.

De sorte que la charge de la preuve n'est pas, comme on voit, imposée, une fois pour toutes, à l'une des parties, dès le début de l'instance.

Elle est imposée, au contraire, successivement et alternativement, suivant les diverses phases de l'instance, à chacune d'elles, à mesure que les allégations respectives de chacune d'elles s'échangent, et, pour ainsi dire, se croisent dans le cours du combat judiciaire!

189. — Nous venons d'appliquer cette règle aux matières personnelles.

Mais c'est seulement à titre d'exemple.

Car elle est aussi, de même, applicable aux matières réelles. (Comp. *supra*, n° 181.)

Paul revendique, contre Pierre, un immeuble, que celui-ci possède.

Quelle est la situation actuelle des parties, leur situation acquise?

C'est que Pierre a la possession de l'immeuble, et que la présomption est qu'il en a la propriété; tout au moins, que Paul, qui n'en a pas la possession, n'en a pas la propriété.

C'est donc lui, Paul, qui veut innover; et c'est lui, dès lors, qui doit prouver.

Il est vrai que le Droit romain primitif mettait, en matière réelle, les deux parties sur la même ligne.

Mais il faut remonter jusqu'à la Procédure des actions de la loi, pour retrouver la trace de ce souvenir historique. (Comp. Gaius, *Inst.*, lib. IV, § 16.)

Car, dès longtemps, aussi en Droit romain, les rôles des parties étaient, quant à la charge de la preuve en matière réelle, les mêmes qu'en matière personnelle :

.... « *non enim possessori incumbit necessitas probandi eas (res) ad se pertinere....* » (L. II, Cod., *de Probat.*)

190. — Pareillement, voici Paul qui prétend avoir un droit de servitude réelle sur le fonds de Pierre, un droit de passage ou de puisage.

Mais le titre, qu'il produit à l'appui de sa pretention, a plus de trente ans de date.

Pierre, en conséquence, répond que ce titre étant prescrit, ne fournit pas la preuve que la servitude existe encore; et il prétend qu'elle est éteinte par le non-usage. (Art. 705.)

Qui doit prouver?

La réponse est très-simple; elle se trouve dans l'application la plus logique de notre règle; à savoir : que la charge de la preuve incombe à celui des deux, qui veut innover et changer le *statu quo.*

En conséquence, de deux choses l'une :

Ou Paul est en possession de la servitude par lui réclamée sur le fonds de Pierre; il exerce le droit de passage ou de puisage; et, dans ce cas, c'est à Pierre de prouver que le titre est prescrit;

Ou, au contraire, Paul n'est pas en possession de la servitude; et, dans ce cas, c'est à lui, qui en réclame l'exercice, de prouver que cette servitude n'est pas éteinte par le non-usage. (Comp. art. 695; et notre *Traité des Servitudes ou Services fonciers,* t. II, n° 1015.)

191. — On emploie d'ordinaire cette formule pour exprimer la distribution des rôles entre les parties, en ce qui concerne le fardeau de la preuve.

Actoris est probare.

Reus in excipiendo fit actor. (L. 23, Cod., *de Probationibus;* L. I, ff. *de Exceptionibus.*)

C'est au demandeur à faire la preuve de son allégation;

Et le défendeur, qui oppose une exception, devient, à son tour, quant à cette exception, demandeur.

Cette formule est exacte, en effet; et nous la proposons.

Il y en a une autre, que l'on exprime ainsi :

Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. (L. 2, ff. *de Probationibus.*)

La vérité est que cette seconde formule ne diffère pas de la première, et qu'on peut égalemet l'admettre;

A la condition, toutefois, de la bien entendre!

Le fardeau de la preuve ne doit pas être imposé à la partie, qui nie.... *qui negat.*

Assurément non! lorsque, en effet, cette partie se borne à nier carrément l'allégation produite par la partie adverse, sans produire elle-même une autre allégation contraire.

Mais il en est autrement, lorsque cette partie, au lieu d'opposer une négation pure et simple à l'allégation du demandeur et de contester le fondement même de sa prétention, y oppose, de son côté, une exception; car, dans ce cas, elle joue le rôle de demandeur; et elle doit, comme tel, fournir la preuve de l'exception qu'elle allègue.

Paul assigne Pierre en payement d'une somme de 10 000 francs, dont il se prétend créancier contre lui.

Pierre nie devoir cette somme à Paul.

Doit-il prouver ce qu'il nie?

Il faut distinguer :

Non! s'il se borne à répondre : je ne vous dois rien; cette créance, dont vous demandez contre moi le payement, n'a jamais existé.

Oui! au contraire, s'il se défend au moyen d'une exception, qui implique de sa part la reconnaissance, même seulement implicite ou hypothétique, de l'existence de la créance, dont Pierre lui demande le payement; comme s'il lui répond : je vous ai payé; ou s'il invoque tout autre mode de libération.

192. — Cette seconde formule : *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat,* présente d'ailleurs

un autre danger, contre lequel il est essentiel d'être prémuni.

On pourrait être, en effet, porté à en conclure que celui qui allègue, à l'appui de sa prétention, un fait négatif, n'est pas tenu d'en faire la preuve; d'où il résulterait que le fardeau de la preuve devrait être imposé, dans ce cas, à la partie adverse.

Rien ne serait pourtant plus inexact!

Il faut tenir, au contraire, pour certain, que le caractère du fait à prouver, qu'il soit négatif ou affirmatif, ne modifie pas les rôles des parties, quant à la charge de la preuve; et la règle, que nous avons posée, doit toujours être maintenue, lors même qu'il s'agit d'un fait négatif, et que la preuve en serait très-difficile; bien plus encore! lors même qu'elle serait impossible :

1° L'article 1315 est, en effet, absolu.

C'est, dans tous les cas, sans distinction, qu'il impose le fardeau de la preuve à celle des parties, qui prétend innover.

Il serait impossible, sans une violation du texte même de la loi, d'imposer le fardeau de la preuve, dans un cas quelconque, à celui qui se renferme dans le maintien du *statu quo*.

2° Le motif essentiel, sur lequel cette disposition est fondée, ce motif de raison et de sécurité sociale, exige impérieusement qu'il en soit ainsi.

Que m'importe, à moi, défendeur, que la preuve de votre prétention soit difficile ou même impossible? Est-ce que je dois être, pour cela, de pire condition? Mais alors, ce sont les prétentions les plus difficiles, les plus impossibles même à justifier, qui obtiendraient le plus de crédit devant la justice! Quelle contradiction! et aussi quels périls!

Si donc vous ne pouvez pas justifier votre prétention, il n'y a qu'une chose à faire, c'est d'y renoncer; mais ce qui serait intolérable, c'est que mon droit, à moi,

et ma situation acquise fussent sacrifiés à une prétention pareille!

193. — Vainement donc, on objecterait l'ancienne maxime, à laquelle on avait entrepris autrefois de donner cours, que la preuve d'un fait négatif est impossible, et que à l'impossible nul n'est tenu!

Nous venons précisément de répondre que, à supposer même que la preuve d'un fait négatif fût impossible, les rôles des parties, quant à la charge de la preuve, ne seraient nullement changés.

« La maxime, que nul n'est tenu à l'impossible, est parfaitement applicable, dit M. Bonnier, lorsqu'il s'agit d'une obligation légale, que nous subissons sans aucune participation de notre volonté. » (*Des Preuves*, n° 44.)

Mais ce n'est pas de ces sortes d'obligations qu'il s'agit ici; il s'agit des obligations individuelles d'une personne déterminée envers une autre personne déterminée; or, ces obligations-là n'existent, au profit de l'un contre l'autre, qu'autant que la preuve en est légalement fournie par celui qui se prétend créancier.

Aussi, notre Code offre-t-il plusieurs exemples de faits négatifs, dont la preuve est mise à la charge de la partie qui les invoque comme le fondement du droit, qu'elle réclame. (Comp. art. 115, 757, 767, 768; notre *Traité de l'Absence*, n°s 17, 18; et notre *Traité des Successions*, t. II, n° 212.)

Ajoutons, d'ailleurs, qu'il n'est pas exact de prétendre que la preuve d'un fait négatif est impossible.

La preuve d'un fait négatif! mais c'est presque toujours aussi la preuve d'un fait affirmatif!

Car la différence entre l'un et l'autre est presque toujours, en effet, non pas dans le fond, mais seulement dans la forme et dans la tournure de la phrase.

C'est-à dire que la preuve d'un fait négatif se résume finalement dans la preuve du fait affirmatif contraire.

Voilà ce que les anciens docteurs appelaient, dans leur

langage figuré et expressif, la *negativa prægnans*, la négative qui renferme et qui *engendre* une affirmative.

On a toujours considéré comme telle *la négative de qualité*.

Je prétends que vous n'êtes pas Français.

Ce que vous prétendez là, sous l'enveloppe d'une négative, c'est bien et dûment une affirmative; à savoir : que je suis étranger.

Pareillement de la *négative de droit*.

Je prétends que le testament fait par Paul à votre profit n'est pas valable, parce que la date en est fausse.

Ce que vous prétendez là, sous l'enveloppe d'une formule de négation, c'est une véritable affirmation; à savoir : que le testament est nul pour fausse date.

S'il peut y avoir quelque doute, c'est seulement en ce qui concerne *la négative de fait*. (Comp. Rauter, *Cours de Procédure civile*, § 125.)

Et encore, faut-il reconnaître que la négative de fait sérieuse, celle-là seulement, bien entendu, dont nous ayons à nous occuper, parce qu'elle est la seule qui puisse, dans la pratique, se produire sérieusement en justice, que cette négative, disons-nous, est toujours accompagnée de circonstances de lieu, de temps, de personnes, de qualités qui la définissent et la limitent, et qui en rendent ainsi la preuve très-possible.

Si on suppose, au contraire, une négative tout à fait nue, outre la réponse que nous venons de faire, que ces sortes de négatives sont en dehors de la vérité pratique (comment concevoir, en effet, que l'acquisition ou l'extinction d'un droit puisse dériver d'une telle allégation !), il est manifeste que l'impossibilité de la preuve aura, dans ce cas, pour cause, non pas la négative elle-même, mais son caractère illimité et indéfini.

Et ce qui le démontre, c'est que cette même impossibilité de preuve existerait à l'égard d'une affirmative, qui serait aussi tout à fait illimitée et indéfinie.

On peut imaginer telles espèces que l'on voudra; c'est toujours à ce résultat qu'il faudra en venir! (Comp. Cass., 21 nov. 1826, Baillon, D., 1827, I, 62.)

Voilà ce que Cocceius a fort exactement exprimé :

« *Si negativa indefinita probari non potest, id non inde est quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita potest.* » (*De Directa probatione negativæ.*)

Bartole a très-bien résumé aussi toute cette doctrine, en disant :

« *Ubicumque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi.* » (Sur la loi 8, ff. *de Verb. obligat.*)

Cette conclusion est excellente (comp. Toullier, t. V, n°s 16 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 324 et suiv.; Larombière, t. IV, art. 1315, n° 16; Colmet de Santerre, t. V, n° 276 VII; Bonnier, n°s 39-42).

194. — La solution, que nous venons d'appliquer à notre première question : *Qui doit prouver?* implique aussi virtuellement la solution de la question de savoir : *Ce qui doit être prouvé.*

Aux termes de l'article 1315, ce que doit prouver le demandeur primitif, c'est l'existence de l'obligation.

Et ce que doit prouver le défendeur, devenu à son tour demandeur dans son exception, c'est l'extinction de l'obligation.

D'où il suit que l'un doit prouver l'existence des éléments constitutifs de l'obligation.

De même que l'autre doit prouver les éléments constitutifs de l'extinction de cette obligation (comp. Cass., 12 mars 1850, Rocques, Dev., 1850, I, 257);

Jusque-là certainement, mais pas au delà; et sans que ni l'un ni l'autre soit tenu de prouver, en plus outre, que l'adversaire n'a pas de moyen pour repousser sa prétention; ceci regarde l'adversaire, une fois que la preuve a été faite contre lui.

En un mot, pour conserver la formule que nous avons

proposée (*supra*, n° 187), la partie, qui prétend changer la situation acquise de l'autre partie, doit, en effet, s'il est permis de dire ainsi, la *débusquer* de cette situation; de telle sorte qu'elle ne puisse s'y maintenir, qu'en fournissant elle-même une preuve, de nature à détruire la preuve qui a été fournie contre elle.

Tel est le principe.

Nous en avons vu déjà d'importantes applications (comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 364-367).

Et nous en verrons encore d'autres, dans les développements, qui vont suivre.

195. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que l'article 1315 cesse d'être applicable, dans les cas où il existe une présomption légale en faveur de l'une des parties (art. 1350).

Cette partie alors n'a aucune preuve à faire, puisque cette preuve est écrite, pour elle, d'avance dans la loi.

Et même, la preuve contraire ne peut pas être admise contre elle, lorsqu'il s'agit de l'une de ces présomptions *juris et de jure*, contre lesquelles la loi n'a pas réservé la preuve contraire (art. 1352).

C'est ce que nous aurons bientôt à expliquer.

196. — II. La seconde règle générale, en matière de preuves, est posée par l'article 1316, en ces termes :

« Les règles, qui concernent la preuve littérale, la « preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la « partie et le serment sont expliquées dans les sections « suivantes. »

Voilà donc cinq modes de preuves que la loi admet, en matière civile, à savoir :

I. — La preuve littérale;
II. — La preuve testimoniale;
III. — Les présomptions;
IV. — L'aveu de la partie;
V. — Le serment.

197. — Il faut y ajouter :

VI. — Les visites de lieux ;

VII. — Les expertises ;

Dont les règles sont posées dans le Code de Procédure civile (comp. art. 41-43 ; 295-301 ; 302-323).

198. — Ce n'est pas une simple énumération, que l'article 1316 renferme.

Cette énumération elle-même implique la consécration de l'une des règles les plus essentielles de notre matière, qui se résume dans cette double proposition :

1° Le législateur a déterminé limitativement les modes de preuve, qui peuvent seuls être admis en matière civile ;

2° Il a déterminé aussi dans quels cas et sous quelles conditions chacun de ces modes de preuve peut être admis.

D'où il résulte :

D'une part, que le juge, en effet, ne peut pas admettre d'autres modes de preuve en dehors de ceux que la loi l'autorise à admettre ;

Et, d'autre part, que chacun de ces modes de preuve, il ne peut les admettre que dans les cas et sous les conditions qu'elle détermine ; c'est ainsi que la preuve testimoniale, à la différence de la preuve littérale, qui est admise dans tous les cas, n'est admise, au contraire, que dans certains cas définis.

199. — *Secundum allegata et probata judex judicare debet* (comp. Ordonn. de Moutils-les-Tours, d'avril 1453, art. 123 ; Mascardus, Concl. 951, t. II, p. 486).

Cette maxime exprime très-exactement le caractère de la mission du juge, en matière civile, et la double condition sous laquelle seulement il peut prononcer.

Secundum allegata ; c'est-à-dire que, en effet, il ne peut prononcer que sur les points de fait, qui sont allégués ou articulés par les parties, et dont il se trouve saisi par leurs conclusions (comp. art. 480, 3°, 4° et 5°, Code de Procédure civile).

Secundum probata ; c'est-à-dire qu'il ne peut tenir pour

prouvés que les faits, dont la preuve a été fournie par l'un des modes, que la loi reconnaît et qu'elle déclare admissibles dans l'espèce de contestation sur laquelle il prononce.

200. — C'est que le juge, au civil, n'est pas comme le juré, au criminel, à qui la loi se contente de dire : *Avez-vous une intime conviction?* sans lui demander compte des moyens par lesquels il s'est convaincu (art. 342 Code d'Instruct. crim.).

La loi, au contraire, détermine les moyens par lesquels le juge devra former sa conviction dans les matières civiles; de sorte que la preuve judiciaire ne peut résulter, pour lui, que des moyens qu'elle détermine, et dans le cercle desquels il est renfermé.

Les considérations supérieures d'ordre public et de sécurité sociale, qui ont fait admettre, en matière criminelle, un régime de preuves différent et beaucoup plus large, n'existent pas, en effet, au même degré, dans les matières civiles; les parties ayant généralement, dans ces sortes de matières, la possibilité de se procurer des preuves écrites.

Ce n'est pas à dire, sans doute, que ce régime restreint des preuves, en matière civile, ne puisse pas produire, dans ses applications particulières, certaines injustices.

Mais c'est presque toujours à ce prix seulement que le législateur peut procurer à la société le bienfait des règles générales, même les plus protectrices.

Et celle-ci est bien de ce nombre, par la puissante garantie qu'elle assure au patrimoine et à tous les droits des citoyens (comp. Bonnier, n°s 101-103).

201. — Si le juge, pourtant, avait une connaissance personnelle du fait allégué par l'une des parties, une connaissance certaine?

Il n'importe!

Le juge, alors, doit faire abstraction de ce qu'il sait et de ce qu'il pense comme homme.

Il ne doit prononcer que suivant les moyens de preuves, qui sont soumis à son appréciation comme magistrat, eu égard à leur admissibilité légale et à leur suffisance.

Cette somme de 20 000 francs, dont Paul réclame le payement contre Pierre, en vertu d'un acte souscrit par celui-ci, pour cause de prêt, Pierre soutient qu'il l'a remboursée, et qu'il a perdu la quittance, que Paul lui en a donnée.

C'est vrai, en fait; le juge en a la certitude!

Mais il n'en faut pas moins qu'il condamne Pierre à rembourser à Paul la somme de 20 000 francs, puisque Paul prouve légalement l'existence de l'obligation, sans que Pierre prouve légalement son extinction, dès qu'il n'allègue d'ailleurs ni dol, ni fraude (comp. Riom, 3 nov. 1809, Sirey, 1814, 2, 266, Cass., 31 août 1831, Dev., 1832, I, 271; Cass., 30 mars 1836, Tesseydre, Dev., 1836, I, 596; Cass., 10 juill. 1838, Andriot, Dev., 1838, I, 977; Montpellier, 23 août 1852, Rivernale, Dev., 1853, II, 239).

202. — C'est particulièrement en ce qui concerne *les visites de lieux*, qu'il est nécessaire de se souvenir de ce principe.

Il est quelquefois arrivé que tous les juges ou quelques-uns d'entre eux, délégués à cet effet par leurs collègues, se sont transportés officieusement sur le terrain litigieux, pour apprécier eux-mêmes personnellement, d'après cette visite, les prétentions respectives des parties.

Mais ce mode de procéder, sans que les parties soient présentes, est irrégulier.

« Attendu, dit la Cour suprême, que cette visite purement officieuse, faite hors la présence des parties, et substituée arbitrairement à la visite légale requise par Carbonnier, n'a pu devenir elle-même un élément légal de décision, soit à l'égard du tribunal entier, qui n'a pas été éclairé par un rapport régulier et contradictoire, soit à l'égard des parties, qui n'ont pu ni contrôler l'opéra-

tion et débattre ses résultats, ni exercer, le cas échéant, le droit de récusation, que l'article 383 du Code de Procédure leur donnait contre le juge chargé de cette visite.... »

Et comme, dans l'espèce, le tribunal avait déduit les motifs de sa décision, non-seulement des faits et circonstances de la cause, mais de l'examen des lieux fait ainsi, *proprio motu*, par deux des juges, la Cour suprême a cassé cette décision. (16 janv. 1839, Carbonnier, Dev., 1839, I, 111; comp. Bastia, 7 févr. 1855, Santucci, Dev., 1855, II, 137; Toullier, t. V, n° 39; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 323; Bonnier, n° 106.)

203. — Encore moins, le juge pourrait-il déduire les motifs de sa décision de ce qu'on appelle parfois si vaguement l'opinion publique, ni d'une prétendue notoriété, qui ne serait pas judiciairement établie. (Comp. *supra*, n° 184; Cass., 12 mai 1830, Dev., 1830, I, 326; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 323; voy. pourtant Larombière, t. IV, art. 1316, n° 9.)

204. — Il ne suffit pas que le juge forme sa conviction d'après les modes de preuve reconnus par la loi, et suivant les formes qu'elle détermine pour chacun d'eux.

Il faut encore, généralement :

1° Que ces preuves soient produites contradictoirement avec la partie, à laquelle on les oppose;

2° Qu'elles soient produites dans l'instance même où s'agite la prétention, à l'appui de laquelle on les invoque.

Pierre invoque contre Paul, dans une instance qu'il a engagée contre lui, le résultat d'une enquête à laquelle celui-ci n'a pas été appelé ou représenté, et à laquelle il n'a point assisté.

C'est là, en ce qui le concerne, une preuve, dont il peut dire : *Res inter alios acta*, et que Pierre ne peut pas lui opposer. (Comp. Cass., 22 messidor an VII, Sirey, I, 226; Colmar, 22 juill. 1810, Sirey, 1812, II, 29.)

205. Pas plus qu'il ne pourrait lui opposer, dans

cette instance, le résultat d'une enquête, qui aurait eu lieu, fût-ce même entre eux, dans une autre instance, comme, par exemple, devant un tribunal de justice répressive ou administrative. (Comp. Cass., 11 janv. 1815, Sirey, 1815, I, 255; Toullier, t. V, nos 26-29; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 324; Larombière, t. IV, art. 1316, n° 10.)

206. — Nous nous empressons toutefois d'ajouter que les règles, qui précèdent (*supra*, nos 202-204), ne sont applicables que dans le cas que nous avons supposé, où il s'agit de la preuve directe et formelle; la seule, en effet, que la loi ait soumise à certains modes déterminés, qu'elle impose au juge comme les seuls éléments par lesquels sa conviction de magistrat doit se former.

Mais il ne faudrait pas appliquer ces règles à la preuve indirecte ni au simple commencement de preuve, à l'égard desquels la loi, au contraire, confère aux juges un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. (Comp. art. 1347, 1349, 1353.)

« Attendu, dit la cour de Bordeaux, qu'on ne saurait sans doute, pour la décision d'un procès civil, puiser dans une procédure criminelle, surtout lorsqu'une des parties du procès civil n'y a pas figuré, une de ces preuves formelles, dont la loi règle les conditions et détermine l'autorité et la valeur; mais qu'il en est autrement à l'égard des présomptions simples ou purement humaines, que l'article 1353 abandonne aux lumières et à la prudence des magistrats; que le champ de ses investigations n'est pas alors borné; qu'il lui est permis et qu'il lui arrive fréquemment d'emprunter des éclaircissements et des lumières à des actes étrangers aux parties ou à l'une d'elles; qu'il suffit qu'ils présentent les caractères de la vérité, et qu'ils aient, avec le fait à vérifier, une liaison assez directe, pour que le juge puisse en tirer des inductions légitimes; qu'il serait d'ailleurs déraisonnable et

contraire à l'esprit de notre législation, que, dans une cause où le juge peut se déterminer par de simples présomptions, il fût obligé de jeter les parties dans une longue involution de procédure, alors qu'il trouve dans une procédure déjà instruite et sur le fait même qui fait le nœud du procès, tous les éléments propres à compléter sa conviction.... » (21 juillet 1851, Séné, Dev., 1851, II, 718.)

Cette doctrine est, à notre avis, tout à fait juridique; et nous le reconnaîtrons de plus en plus, lorsque le moment sera venu d'exposer ces sortes de preuves, que la doctrine a nommées les preuves indirectes et incomplètes. (Comp. *infra*, n° 251.)

C'est donc très-justement qu'un arrêt de la cour de Paris, qui s'en était écarté, a été cassé par la cour suprême. (Comp. Paris, 13 août 1836, Lefaucheux, Dev., 1836, II, 452; Cass., 2 juin 1840, Rossigneux, Dev., 1840, I, 638; Cass., 18 mai 1840, L..., Dev., 1840, I, 640; Cass., 22 juin 1843, Gaussen, Dev., 1844, I, 303; Agen, 14 juin 1851, Bacqué, Dev., 1851, II, 781; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 450 et 473; Larombière, t. IV, art. 1316, n° 10.)

207. — III. *Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstet, obtinebit.*

Telle est notre troisième règle, qui a été empruntée à la loi 4 au Code, *de Edendo*, et qui est devenue, dès longtemps, un adage.

Cette règle d'ailleurs n'est elle-même que la conséquence, et, nous pouvons dire, la sanction de la première règle, que nous avons posée avec le texte de l'article 1315, et que l'on exprime aussi par cet adage :

Actoris est probare. (Comp. *supra*, n° 187.)

Il est clair, en effet, que si le demandeur ne fournit pas la preuve qui est à sa charge, ou s'il ne fournit qu'une preuve insuffisante, le défendeur doit conserver sa position, qui n'est pas détruite; car, lui! il n'a rien à prouver.... *etsi nihil ipse præstet.* (Comp. L. 22, Cod., *de Probationi-*

bus; Cass., 21 nov. 1826, Baillon, D., 1827, I, 62; Cass., 6 fév. 1843, Comm. de Revonnas, Dev., 1843, I, 271.)

Aussi, dans le cas même où le défendeur fait défaut, les conclusions de la partie, qui le requiert, ne lui sont-elles adjugées que *si elles se trouvent justes et bien vérifiées.* (Art. 150, Cod. de Proc.)

Certus esse debet, qui agit..., disait Gaius (L. 142, ff. *de Regulis juris*).

Le défendeur peut donc toujours se borner à opposer au demandeur l'ancienne question :

Tu quis es, et quid petis?

M. Larombière remarque qu'il n'y a point d'ailleurs à considérer la nature plus ou moins favorable de la cause, et que, quelque digne de faveur que soit sa prétention, le demandeur n'est jamais dispensé de rapporter la preuve des faits sur lesquels il la fonde. (T. IV, art. 1315, n° 19.)

Cela est incontestable !

208. — Mais il faut bien entendre le mot : *actor.... demandeur,* qui se trouve employé dans notre règle.

Il s'applique, en effet, non pas seulement au demandeur primitif, mais aussi au défendeur, lorsque celui-ci, proposant à son tour une exception contre le demandeur qui a fait sa preuve, se constitue ainsi lui-même demandeur (*supra*, n° 192).

Et puisque c'est à lui, dans ce nouveau rôle, à faire sa preuve, la conséquence et la sanction doit en être que, s'il ne fournit pas la preuve de son exception, ou s'il n'en fournit qu'une preuve insuffisante, le demandeur primitif doit obtenir le bénéfice de ses conclusions : *etsi nihil ipse præstet.* (Comp. Berriat-Saint-Prix, *Cours de Procéd. civ.*, t. I, p. 233 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 276 *bis*, VIII.)

209. — IV. La quatrième règle, que nous allons poser, a été empruntée aussi à un texte romain, à la loi 7 au Code *de Testibus.*

Nemo tenetur edere contra se.

Qu'une partie ne soit pas tenue de fournir des preuves à son adversaire, et de lui donner elle-même des armes pour la combattre, c'est là une règle de bon sens et de nécessité.

Elle est de toute évidence, en ce qui concerne le défendeur, qui n'a rien à produire, et qui peut se renfermer dans une attitude purement passive.... *etsi nihil ipse præstet!*

Quant au demandeur, c'est son affaire; il faut, lui! qu'il prouve le fait sur lequel sa demande est fondée; et, par conséquent, son rôle peut lui imposer, et lui impose, en effet, toujours l'obligation de mettre au procès les titres, qui sont nécessaires pour justifier sa prétention.

Pour l'une des parties comme pour l'autre, d'ailleurs, il faut remarquer :

1° Qu'elle doit communication à son adversaire des pièces, qu'elle emploie contre lui. (Art. 188 et suiv. du Cod. de Procéd.);

2° Que, dans tous les cas, la partie, quelle qu'elle soit, mais le demandeur surtout, qui refuse de produire les titres ou les documents quelconques, dont la communication lui est demandée, le refuse à ses risques et périls, et peut ainsi, plus ou moins, compromettre le succès de sa cause :

« Il ne faut pas s'imaginer, dit fort justement M. Bonnier, que parce qu'une partie est chargée de prouver, l'autre pourra impunément se retrancher dans un silence systématique. On aura toujours mauvaise grâce à refuser des éclaircissements à la justice; et, de plus, il sera rarement sans danger de s'abstenir de répondre aux allégations de l'adversaire » (n° 39; comp. Toullier et Duvergier, t. V, n° 20, note 2).

210. — Ajoutons que la règle elle-même n'est pas applicable :

1° Aux titres, non représentés, qui peuvent être considérés comme la propriété commune ou particulière de la partie, qui en réclame la représentation (Comp. art. 842, 2004; Merlin, Répert., v° *Compulsoire*, § 2; Berriat-Saint-Prix, *Cours de Proc. civ.*, t. I, p. 233);

2° Aux livres des marchands, dans les termes des articles 14 et suivants du Code de commerce. (Comp. Paris, 29 mai 1832, Thorel, Dev., 1832, II, 217; Cass., 22 juin 1843, Gaussen, Dev., 1844, I, 303.)

211. — V. S'il est vrai qu'une partie, quelle qu'elle soit, n'est pas tenue de produire les titres, sur lesquels elle ne se fonde pas, il faut ajouter que ces titres, une fois produits, deviennent communs aux deux parties.

C'est notre cinquième règle :

Quod produco, non reprobo.

Proprium factum nemo impugnare potest. (Comp. Rouen, 19 févr. 1814, Jalbert, Sirey, 1815, II, 97; Faber, Cod., *de Edendo*, Def. 2 et 10; Berriat-Saint-Prix, *loc. supra cit.*)

212. — Retourner, contre notre adversaire, l'arme même qu'il emploie contre nous, nul moyen ne saurait être de meilleure guerre, ni presque toujours plus tranchant !

Mais à la condition, bien entendu, de ne point diviser la preuve, qui résulte de la pièce, dont on argumente, de la prendre tout entière et telle qu'elle est :

Aut ex toto sumendum, aut ex toto rejiciendum. (Comp. art. 1330, 1356.)

213. — VI. Le juge ne doit admettre la preuve que des faits pertinents et concluants :

Pertinents, c'est-à-dire qui ont trait à l'objet de la contestation, qui y *appartiennent, quæ pertinent ad causam;*

Concluants, c'est-à-dire qui peuvent exercer une influence, plus ou moins décisive, sur le jugement de cette contestation.

Frustra probatur, quod probatum non relevat.

C'est encore une règle, qui a été déduite d'un texte romain, de la loi 21 au Code, *de Probationibus;*

Règle de logique et de bon sens, qui s'applique, non-seulement à la preuve testimoniale (art. 252-254, Code de Procéd.), mais à toute espèce de preuve. (Comp. art. 1353; Cass., 24 août 1831, Dev., 1831, I, 321.)

On voit parfois des demandeurs, qui s'attachent à prouver que le défendeur, leur adversaire, n'a pas de droit à l'objet, qu'ils prétendent lui enlever, argumentant du défaut ou de l'insuffisance de ses titres.... *aliena subtrahentes instrumenta.*

Qu'importe!

Ce n'est pas l'absence de droit du défendeur, que vous avez à prouver pour réussir.

C'est l'existence de votre propre droit! (Comp. Cass., 21 nov. 1826, Baillon, D., 1827, I, 62; Cass., 6 févr. 1843, Comm. de Revonnas, Dev., 1843, I, 271.)

214. — VII. Il peut n'être pas inutile de rappeler aussi, dans le nombre de nos règles générales, cet adage :

Omnia probant, quod non singula.

La preuve peut, en effet, résulter de plusieurs faits groupés en faisceau et considérés dans leur ensemble, quoique chacun de ces faits, considéré isolément, fût insuffisant pour la produire. (Comp. art. 1353; Aix, 15 févr. 1832, Maurel, D., 1833, II, 36.)

215. — VIII. Les docteurs ont, dès longtemps, proposé entre les différents moyens de preuve, quelques distinctions, qu'il est intéressant de connaître, parce qu'elles offrent, au point de vue pratique, un certain intérêt.

On distingue donc :

a. La preuve directe et la preuve indirecte;

b. La preuve complète et la preuve incomplète; ou encore, la preuve pleine et la preuve semi-pleine.

216. — *a.* La preuve directe est celle qui s'applique

précisément au fait même, qui est l'objet de la contestation, et qui tend à l'établir d'une manière immédiate et formelle.

Telle est la preuve, qui résulte : des actes ou des titres ; — des dépositions des témoins ; — de l'aveu de la partie ; — du serment décisoire, — et, dans certains cas aussi, des rapports ou avis d'experts.

La preuve indirecte est celle qui, sans s'appliquer précisément au fait contesté entre les parties, et, quant à présent, inconnu pour le juge, tend à l'établir à l'aide d'inductions tirées d'autres faits avérés ou reconnus, qui, par leur relation, plus ou moins étroite, avec le fait contesté, peuvent lui donner, suivant les cas, un caractère de nécessité, de vraisemblance ou de simple probabilité. (Art. 1349.)

Telles sont les présomptions, qui ne sont point établies par la loi, et qui sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. (Art 1353.)

La différence, qui sépare la preuve directe de la preuve indirecte, a trait surtout à la question de l'admissibilité légale de l'une ou de l'autre. (Comp. *supra*, n° 206.)

La preuve indirecte n'est admise que dans certains cas déterminés par l'article 1353, qui seront exposés plus tard.

Quant à la preuve directe, il faut distinguer entre les différents moyens, par lesquels elle peut être fournie :

Par actes ou par titres ? — Par l'aveu ? — Par le serment ? — elle est généralement admissible ;

Tandis qu'elle n'est admissible, par les dépositions de témoins, que dans les cas déterminés par la loi. (Art. 1341 et suiv. ; art. 1353.)

Ajoutons qu'il est des cas, dans lesquels la loi prescrit au juge l'emploi de certains moyens de preuve directe, comme, par exemple, de l'expertise. (Comp. art. 1678 ; loi du 22 frimaire an VII, art. 17-19 ; loi du 20 mai 1838, art. 5.)

217. — On voit que nous mettons au rang des preuves l'aveu de la partie et le serment décisoire.

Il faut que nous disions pourtant que cette méthode n'est pas celle de tous les jurisconsultes, et que notamment, Zachariæ et MM. Aubry et Rau enseignent que « le serment litis-décisoire n'est pas, à proprement parler, un moyen de preuve ; et qu'il en est de même de l'aveu, dans les cas où il fait pleine foi. » (T. V, p. 328.)

Pothier semblerait avoir admis cette distinction.

« Il y a, disait-il, deux espèces de preuves : la littérale et la testimoniale. »

Et il ajoute :

« La confession et certaines présomptions tiennent aussi lieu de preuves. » (N° 729.)

Mais, pourtant, l'article 1316 met formellement le serment décisoire et l'aveu dans la nomenclature des preuves, au même rang que la preuve littérale et la preuve testimoniale.

Et cette classification, adoptée par le législateur moderne, nous paraît conforme à la vérité.

On objecte que « en autorisant les parties à se déférer respectivement le serment litis-décisoire, la loi a entendu couper court à la contestation, sans preuve ni instruction. » (Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

Sans instruction ? oui.

Mais assurément pas sans preuve !

Car cette transaction conditionnelle, qui s'établit entre les parties par la délation du serment, se dénoue, au contraire, par une preuve irréfragable :

Le serment est-il prêté ? la preuve est faite contre la partie, qui l'a déféré.

Le serment est-il refusé ? la preuve est faite contre la partie, qui le refuse. (Art. 1361, 1363, 1364, 1365.)

218. — La même observation est applicable à l'aveu. (Art. 1316, 1355, 1356.)

Chose étrange! les jurisconsultes dissidents reconnaissent que l'aveu constitue un moyen de preuve, dans le cas où il ne fait pas pleine foi.

De sorte qu'il perd, à leurs yeux, son caractère de preuve..... dans quels cas?

Lorsqu'il fait pleine foi, c'est-à-dire précisément lorsqu'il est arrivé à sa plus haute puissance, comme moyen de preuve! (Comp. Larombière, t. IV, art. 1316, n° 2.)

219. — Nous tenons donc pour de vrais moyens de preuve le serment décisoire et l'aveu, comme des moyens de preuve même très-directe et très-complète. (*Infra*, n° 220.)

Aussi, en signalant la contrariété de doctrine qui existe, du moins en apparence, entre l'article 1316, qui présente l'aveu de la partie et le serment comme *des preuves*, et l'article 1349, qui les présente seulement comme *des présomptions*;

N'hésitons-nous pas à préférer la rédaction de l'article 1316 à la rédaction de l'article 1349.

Si, en effet, l'aveu de la partie et le serment n'avaient pas le caractère de preuve, et ne constituaient que des présomptions, il faudrait, pour être conséquent, ne voir dans toutes les preuves, même dans la preuve littérale, que des présomptions!

220. — *b.* On dit que la preuve est pleine ou complète, lorsque la demande ou l'exception est pleinement justifiée.

Et la preuve est, au contraire, semi-pleine ou incomplète, lorsque la demande ou l'exception, sans être pleinement justifiée, n'est pas totalement dénuée de preuve. (Art. 1367.)

La preuve est-elle pleine et complète?

C'est une question, qui, par sa nature même, semble devoir être laissée, en fait, suivant les espèces, à l'appréciation discrétionnaire du juge.

On peut dire que telle est, en effet, la règle;

Sous cette réserve, toutefois, qu'il est certains moyens dont la loi a déterminé la force probante.

Ces moyens-là s'imposent, en conséquence, à la conviction personnelle du juge, qui ne pourrait pas les écarter, sans violer la loi elle-même (comp. art. 1352; Cass., 12 mai 1850, Rocques, Dev., 1850, I, 258; Toullier, t. V, nos 7, 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 329; Larombière, t. IV, art. 1316, n° 7).

221. — Après cette exposition des règles générales, qui gouvernent le système, et, nous pourrions dire, la marche de différentes espèces de preuve, nous avons à exposer les règles particulières de chacune d'elles.

SECTION I.

DE LA PREUVE LITTÉRALE.

SOMMAIRE.

222. — Définition de la preuve littérale.
223. — Significations diverses des mots : *titre* et *acte*.
224. — Suite. — Origine et signification des mots : *instrumenter*, *instrumentaire*.
225. — La preuve, qui résulte des titres ou des actes proprement dits, est essentiellement préconstituée. — Explication.
226. — Division.
227. — Observation.

222. — La preuve littérale est celle qui résulte des écrits.

On appelle ces écrits *titres* ou *actes*, lorsqu'ils sont rédigés ou dressés *ad hoc*, dans le but précisément de constater la vérité d'une convention ou plus généralement d'un fait juridique quelconque : « .... *Fiunt scripturæ, ut per eas quod actum est facilius probari poterit....* » (L. 4, ff. *de Pignor. et Hypoth.*)

Titres ou actes, deux mots, en effet, synonymes, que notre Code emploie indifféremment l'un pour l'autre;

quoiqu'il semble appliquer plutôt le mot : *titre* aux écritures authentiques, et le mot : *acte* aux écritures privées (comp. les § 1 et 2 de notre Section; voy. pourtant l'article 1317).

223. — Ces deux mots, d'ailleurs, ont aussi, l'un et l'autre, plusieurs acceptions différentes, dans lesquelles ils sont souvent employés.

C'est ainsi que l'on peut constater trois autres significations du mot *titre;* il exprime, en effet :

1° Tantôt le fait juridique, qui constitue, modifie ou éteint le droit; c'est la convention ou le testament;

2° Tantôt le fait, qui, par son caractère habituel, transfère la propriété; comme le juste titre, qui est nécessaire pour acquérir un immeuble par la prescription de dix ou vingt ans (art. 2265);

3° Tantôt une certaine qualité, telle que celle d'héritier (art. 778);

4° Sa quatrième acception, qui est, en ce moment, la nôtre, exprime un moyen de preuve (comp. notre *Traité des Servitudes,* t. II, n° 729, et notre *Traité de la Distinction des biens,* etc., t. I, n° 597).

Le mot : *acte* a lui-même aussi deux significations :

L'une, qui est générale, exprime un fait juridique quelconque.... *Actum verbum generale est.* (L. 16, ff. *de Verbor. signific.*)

C'est ainsi qu'il sert à désigner la convention, le *vinculum juris,* dans les cas mêmes où la convention n'est pas constatée par un acte écrit; de même que le mot : contrat, sert souvent à désigner l'acte écrit. (Comp. art. 931.)

Voilà encore comment nous disons *faire acte d'héritier* (art. 778).

L'autre signification, qui est spéciale et qui est la nôtre en ce moment, exprime un moyen de preuve. On voit combien il s'en faut que toute cette terminologie soit satisfaisante! (Comp. *infra,* n° 226; art. 175 Code

pénal; Cass., 18 avril 1817, Sirey, 1817, I, 267; Teste, *Encyclopédie du Droit*, v° *Acte*, n° 4.)

224. — Il y a une expression, qui conviendrait très-bien, en commun, au *titre* et à l'*acte*, considérés comme moyens de preuve.

C'est celle d'*instrument*.

Instrumentum, disaient les jurisconsultes romains. « *Quibus causa instrui potest...* » (*De fide instrumentorum*, Digeste et Code *h. t.*)

Instrument, disaient aussi nos anciens jurisconsultes français. (*Glossaire du Droit français, Instit. coutum.* de Loysel, édit. de MM. Dupin et Laboulaye.)

Mais nous ne disons plus ainsi; le mot *instrument* a cessé d'être en usage, quoique, par un singulier caprice du langage, les mots *instrumenter* et *instrumentaire* aient été conservés.

Nous disons encore d'un officier public, qui fait un acte de son ministère, qu'il *instrumente;* et nous appelons *instrumentaires*, les témoins qui l'assistent (comp. art. 1317; loi du 25 ventôse an XI, art. 6 et 11).

Mais nous n'appelons plus *instrument* l'acte, qu'ils font ensemble; tout au plus, l'appelle-t-on encore quelquefois *l'acte instrumentaire*.

225. — La preuve littérale, celle que nous venons de définir, qui résulte des titres ou des actes, est essentiellement *préconstituée;* et voilà bien ce qui fait qu'elle est, entre toutes, la meilleure, la plus digne de confiance.

Elle est, disons-nous, préconstituée, à ce point que ces mots : preuve littérale et preuve préconstituée semblent, dans la théorie, se confondre comme des synonymes.

Il faut reconnaître pourtant que ce caractère ne lui appartient pas exclusivement; c'est ainsi que les *tailles*, que la loi, d'ailleurs, paraît mettre au rang des écritures, forment également une preuve préconstituée (art. 1333);

A la différence des autres écritures, qui, n'ayant pas le caractère de titre ou d'acte, peuvent néanmoins être admises comme preuves dans les cas et avec le degré de force que la loi détermine;

Preuves par *écritures casuelles*, suivant le mot de Bentham, par opposition aux preuves *par écritures préconstituées* (comp. Bonnier, n° 452).

226. — Notre Section : *De la preuve littérale*, n'est peut-être pas distribuée avec une méthode très-rigoureuse.

Nous nous conformerons toutefois, le plus possible, à cette distribution, voulant demeurer fidèle au plan, que nous avons toujours suivi.

Voici, en conséquence, les matières, qui feront successivement l'objet de notre étude.

Nous examinerons, dans l'ordre suivant, les règles qui concernent :

I. — Le titre authentique;
II. — Les contre-lettres;
III. — L'acte sous seing privé;
IV. — Les écritures privées, qui n'ont pas le caractère de titre ou d'acte;
V. — Les tailles;
VI. — Les copies de titres;
VII. — Les actes récognitifs;
VIII. — Les actes confirmatifs.

227. — Cette dernière partie de notre division témoigne bien des inconvénients, que peut présenter la double signification du mot : acte, qui exprime, comme nous venons de le dire, tout à la fois la forme et le fond, le contenant et le contenu (*supra*, n° 223).

C'est évidemment cette espèce de métonymie, qui a induit le législateur à réunir dans ce paragraphe de la preuve littérale, l'acte récognitif et l'acte confirmatif (art. 1337, 1338, 1340).

Or, il y a là, il faut bien le reconnaître, un défaut de méthode et même aussi de logique.

Grande est, en effet, la différence entre ces deux actes!

Que l'acte récognitif ne soit qu'un moyen de preuve, un *acte* dans le sens du mot : *instrumentum*, cela est d'évidence! il s'agit là seulement de la forme, du contenant.

Mais tout autre est l'acte confirmatif, qui constitue un *acte* dans le sens du mot : *convention;* il s'agit alors du *contenu*, c'est-à-dire de la ratification, par laquelle une partie confirme une convention annulable, qu'elle avait consentie.

La place de l'acte confirmatif était donc dans la Section VII du chapitre précédent, qui traite de l'action en nullité on en rescision des conventions; car, de même que la prescription de l'article 1304 est une ratification tacite, l'acte confirmatif de l'article 1338 est une ratification expresse; et la réunion, dans la même Section, de ces deux sortes de confirmations de la convention annulable, aurait complété bien rationnellement toute cette théorie (comp. *supra*, n° 50).

Pothier n'avait pas commis cette confusion.

Et, à son exemple, notre savant collègue, M. Bonnier, qui a fait un *Traité des Preuves*, très-complet (ce n'est pas son seul mérite!) a cru devoir s'abstenir d'examiner *la théorie des nullités ou des rescisions, qui est*, dit-il, *tout à fait étrangère à la matière des preuves* (n° 455).

Zachariæ, ainsi que MM. Aubry et Rau, ont fait de même; ils s'occupent de *l'acte confirmatif*, dans leur tome IV, où ils traitent de l'action en nullité ou en rescision; tandis qu'ils s'occupent *de l'acte récognitif*, dans leur tome VI, où ils traitent de la preuve littérale.

Notre résolution étant de ne bouleverser, en aucun cas, le plan des rédacteurs du Code, nous traiterons de l'acte confirmatif, à la place où ils en ont eux-mêmes posé les règles. Ne peut-on pas remarquer d'ailleurs que les diverses mentions, que l'article 1338 exige pour la validité de l'acte confirmatif, se rattachent, quoique secondairement, à la théorie générale des preuves?

§ I.

Du titre authentique.

SOMMAIRE.

223. — Division.

228. — Deux points doivent être, sur cette matière, l'objet de notre étude; à savoir :

A. — Quels titres sont authentiques?

B. — Quels sont les effets des titres authentiques?

A

QUELS TITRES SONT AUTHENTIQUES.

SOMMAIRE.

229. — Définition de l'acte authentique. — Trois conditions y sont nécessaires.
230. — I — Il faut qu'il ait été reçu ou dressé par un ou plusieurs officiers publics.
231. — Suite.
232. — Suite. — Faut-il considérer comme officiers publics les greffiers des tribunaux de paix, lorsqu'ils constatent, dans un procès-verbal de conciliation, l'accord intervenu entre les parties?
233. — Les notaires sont, dans l'ordre des intérêts civils, au premier rang des officiers publics, qui ont le pouvoir d'imprimer le caractère de l'authenticité aux actes, qu'ils reçoivent. — Explication.
234. — Du cas où un notaire suspendu, destitué ou remplacé, aurait reçu un acte, postérieurement à la notification, qui lui avait été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement.
235. — Du cas où un notaire aurait reçu un acte, qui intéressait l'un de ses parents ou alliés au degré prohibé, ou un acte, qui l'intéressait lui-même personnellement.
236. — Du cas où un acte a été reçu par un clerc, arrière du notaire, et en son absence.
237. — II — La seconde condition de l'authenticité d'un acte est que l'officier public soit compétent sous le double rapport du lieu, où l'acte est reçu; — et du fait à constater.
238. — *a.* — De la compétence de l'officier public *ratione loci.*
239. — *b.* — De la compétence de l'officier public *ratione materiæ.*
240. — III — La troisième condition, qui est nécessaire pour qu'un acte soit authentique, c'est qu'il ait été reçu avec les solennités requises. — Observation.
241. — Suite.

242. — L'acte, qui est nul comme authentique, peut valoir comme écriture privée. — Exposition.
243. — Suite.
244. — Division.
245. — I — Quelle est la force probante de l'acte, qui, nul comme authentique, vaut comme écriture privée?
246. — Un tel acte peut-il valoir comme écriture privée, dans les cas prévus par les articles 1325 et 1326, quoique les conditions particulières, que ces articles exigent, n'y soient pas remplies?
247. — Appréciation du caractère juridique de l'acte, dont l'article 1318 s'occupe.
248. — Cet acte fait-il foi de sa date à l'égard des tiers?
249. — L'acte, dont il s'agit, serait d'ailleurs complétement inefficace, dans le cas où la loi exige la forme authentique comme une condition essentielle de la validité de la convention.
250. — II — Dans quels cas et sous quelles conditions l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, peut-il produire la force probante, qui lui appartient? — Deux conditions sont nécessaires à cet effet :
251. — 1° — Il faut que l'acte ait été reçu par un officier public.
252. — Suite.
253. — Suite.
254. — Suite.
255. — C'est dans trois cas, d'après l'article 1318, que l'acte, qui est nul comme authentique, peut valoir comme écriture privée :
256. — *a.* — De l'incompétence territoriale du notaire.
257. — De l'incompétence personnelle du notaire.
258. — Du cas où le notaire lui-même était partie ou personnellement intéressé dans l'acte, qu'il a reçu.
259. — De l'incompétence matérielle de l'officier public.
260. — *b.* — De l'incapacité de l'officier public.
261. — *c.* — L'acte est nul, comme authentique, pour vice de forme.
262. — Suite.
263. — Suite.
264. — 2° — Il faut que l'acte soit signé des parties.
265. — Suite.
266. — Suite.
267. — Il peut arriver que les parties aient subordonné la formation et la validité de leur convention à la condition qu'elle serait constatée dans un acte authentique. — Explication.
268. — Il peut arriver, en sens contraire, que les parties n'aient pas subordonné la formation et la validité de leur convention à la condition que l'acte, qu'elles en ont fait dresser, serait valable. — Explication.

229. — L'article 1317 définit le titre authentique en ces termes :

« L'acte authentique est celui qui a été reçu par offi-

« ciers publics, ayant le droit d'instrumenter dans le « lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités re- « quises. »

De ce texte, il résulte que trois conditions sont nécessaires pour qu'un titre soit authentique.

Il faut :

I. — Qu'il soit reçu par un ou plusieurs officiers publics;

II. — Que l'officier public soit compétent sous le double rapport du lieu dans lequel l'acte a été reçu et du fait à constater;

III. — Enfin, que les solennités requises soient accomplies.

230. — I. La première condition de l'authenticité d'un acte est, disons-nous, qu'il ait été reçu ou dressé par un ou plusieurs officiers publics;

C'est-à-dire par un ou plusieurs fonctionnaires, ayant reçu de l'autorité publique la mission de constater officiellement certains faits.

Ainsi défini dans sa généralité, l'acte authentique comprend tous les actes, qui émanent d'une personne revêtue d'un caractère public à l'effet de les recevoir : actes politiques ; — actes administratifs; — actes judiciaires; — actes extrajudiciaires. (Comp. Merlin, Répert., v° *Acte authentique;* Teste, *Encyclop. du Droit*, *h. v.*, n° 8).

231. — C'est spécialement de cette dernière classe d'actes authentiques, que nous avons à nous occuper.

Les actes extrajudiciaires, dressés par les officiers ministériels, sont, en effet, ceux, dont le but est d'établir en matière civile, dans l'ordre des intérêts privés, la preuve des droits et des obligations des citoyens.

Dans cet ordre, les officiers publics, qui ont la charge de recevoir et de dresser les actes authentiques, sont principalement :

Les notaires;

Les officiers de l'état civil;

Les greffiers des tribunaux;

Les huissiers.

232. — Nous venons de mettre, au nombre des officiers publics, ayant pouvoir de dresser des actes authentiques, les greffiers des tribunaux.

Ne faut-il pas en excepter les greffiers des tribunaux de paix, lorsqu'ils constatent, dans un procès-verbal de conciliation, l'accord intervenu entre les parties ?

On l'avait d'abord prétendu ainsi; et on invoquait, en ce sens, la disposition finale de l'article 54 du Code de procédure, qui porte que :

« Les conventions des parties, insérées au procès-ver-« bal, ont force d'obligation privée. »

Mais cette doctrine n'a pas réussi; et elle ne pouvait évidemment pas réussir :

1° En effet, les greffiers de justice de paix, dans la rédaction même d'un procès-verbal de conciliation, ont le caractère d'officiers publics, tel qu'il est défini par l'article 1317.

Et l'acte qui est reçu par eux, officiers préposés à cet effet, est nécessairement authentique, en vertu du texte formel de la loi !

2° L'article 54 du Code de Procédure ne contredit d'ailleurs nullement cette déduction.

Il suffit, pour en être convaincu, de rappeler le motif de cette disposition.

Le législateur, en attribuant aux notaires la mission de recevoir les actes des parties et de leur imprimer, en même temps que l'authenticité, la force exécutoire, n'a pas voulu que celles-ci pussent éluder leur ministère, en s'adressant aux juges de paix, sous prétexte d'un prétendu différend, afin de faire constater la preuve de la convention dans un procès-verbal de conciliation.

Tel est le but défini de l'article 54.

Et les termes, qui l'expriment, ne vont pas non plus au delà.

L'article 54, en effet, ne dit pas que le procès-verbal de conciliation ne sera pas un acte authentique.

Et, vraiment, il ne pouvait pas le dire!

Ce qu'il dit seulement, c'est que les conventions des parties qui seront insérées dans ce procès-verbal, *auront force d'obligation privée.*

Il se borne, en un mot, à disposer que cet acte, tout *authentique* qu'il soit, n'aura pas la *force exécutoire.*

Voilà toute la différence; ce qui prouve, par avance, qu'il ne faut pas confondre, dans un acte, l'authenticité, qui forme la preuve, *solemnia probantia,* avec la force exécutoire, qui met la puissance publique à son service, *solemnia completoria.* (Comp. Berriat Saint-Prix, p. 174; Carré, sur l'art. 54; Teste, *Encyclop. du Droit,* v° *Acte authentique,* n° 14; Colmet de Santerre, t. V, n° 279 *bis,* III; Bonnier, t. II, n° 467.)

233. — Nous avons placé les notaires au premier rang des officiers publics, qui ont le pouvoir d'imprimer le caractère de l'authenticité aux actes, qu'ils reçoivent.

Telle est, en effet, leur mission, presque toujours générale et exclusive, dans le cercle de leurs attributions.

Aussi, est-ce surtout des notaires, que nous avons à nous occuper, puisque précisément leurs attributions concernent les actes et les conventions de la vie civile, qui sont l'objet de notre étude.

Aux termes de l'article 1 de la loi du 25 ventôse an XI, sur l'organisation du notariat :

« Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. »

On voit que leur compétence est, en effet, générale, et qu'elle s'applique *à tous les actes et contrats,* sauf les

cas, où le législateur a attribué à d'autres officiers publics compétence pour recevoir certains actes déterminés. C'est ainsi que, d'après l'article 354, l'acte, qui renferme les consentements respectifs de la personne, qui se propose d'adopter, et de celle qui veut être adoptée, doit être reçu par le juge de paix du domicile de l'adoptant.

Leur compétence est, avons-nous dit aussi, exclusive, sauf encore les cas où le législateur a autorisé d'autres officiers publics à recevoir, concurremment avec les notaires, certains actes déterminés.

C'est ainsi, que, d'après l'article 173 du Code de commerce, les protêts, faute d'acceptation ou de payement d'une lettre de change, peuvent être faits par des huissiers ou par des notaires.

De même, nous avons pensé que le procès-verbal d'offres réelles peut être fait par des notaires ou par des huissiers. (Comp. le tome V de ce *Traité*, n° 96.)

Et voilà aussi comment les reconnaissances d'enfants peuvent être reçues soit par les officiers de l'état civil, soit par les notaires. (Art. 62, 334, Code Napol.; loi du 21 juin 1843; comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 193.)

234. — Il faut d'ailleurs, bien entendu, que le notaire instrumente et puisse, en effet, instrumenter légalement en cette qualité, au moment où il reçoit l'acte, pour que l'acte reçu par lui soit authentique.

Deux obstacles peuvent s'opposer à ce que le notaire puisse légalement instrumenter en cette qualité : l'un, absolu ; l'autre, relatif.

L'obstacle serait absolu, si un notaire, suspendu, destitué ou remplacé, avait reçu un acte, *après la notification, qui lui aurait été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement.*

Un pareil acte serait à considérer comme l'œuvre d'un simple particulier. (Comp. art. 52 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.)

Mais il résulte du texte même l'article 52 qu'il faut, au contraire, considérer comme authentique, l'acte reçu par le notaire, même postérieurement à sa suspension, à sa destitution ou à son remplacement, s'il a été reçu antérieurement à la notification, qui doit lui en être faite. (Comp. Cass. 25 nov. 1813, Sirey 1814, I, 76; Duranton, t. XII, n° 73; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 359; Bonnier, n° 355.)

235. — L'obstacle serait relatif, si le notaire avait reçu un acte, qui intéressait l'un de ses parents ou alliés au degré prohibé, et, *a fortiori*, un acte, qui l'intéressait personnellement. (Comp. art. 8, 10, et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.)

Un tel acte serait certainement aussi à considérer comme nul. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 174; Orléans 5 mai 1849, de Perthuis, Dev. 1849, II; Orléans 31 mai 1845, Chesneau, Dev. 1849, II, 631; Cass., 15 juin 1853, Lacère, Dev. 1853, I, 519; Cass., 15 juin 1853, Sauvage, Dev. 1853, I, 655; Cass., 25 nov. 1856, Fourrichon, Dev. 1857, I, 449.)

236. — Voici un acte, qui été reçu par un clerc, arrière du notaire et en son absence.

Le notaire ne l'a pas signé; ou il l'a signé, mais seulement après coup.

Acte nul! car il n'a pas été reçu, comme il devait l'être, par un officier public.

Cette solution nous paraît certaine, malgré le dissentiment de M. Rolland de Villargues (*Repert. du Notariat, v° acte notarié*, n° 438; comp. *infra*, n° 253, 254, 262; Paris 17 déc. 1829, Poirier, D. 1830, II, 167; Caen, 16 avril 1845, Desrivières, Dev. 1845, II, 654; Riom, 13 juin 1855, Michy, Dev. 1856, II, 273; voy. toutefois, Paris, 28 août 1841, J. du P. 1841, t. II, p. 547.)

237. — II. La seconde condition de l'authenticité d'un acte est, avons-nous dit, que l'officier public soit

compétent sous le double rapport du lieu, où l'acte est reçu, et du fait à constater. (*Supra*, n° 229.)

Rien de plus juridique!

L'officier public, en effet, est le mandataire de la puissance publique, qui lui a donné son investiture; et il doit, suivant la règle générale, se conformer aux conditions et se renfermer dans la limite de son mandat.

En dehors de ces conditions et de cette limite, son caractère public s'évanouit!

Or, le mandat de d'officier public, et, spécialement, le mandat du notaire est défini :

a. Sous le rapport du lieu, dans lequel il peut instrumenter.... *ratione loci;*

b. Sous le rapport des actes ou des faits, qu'il a qualité pour constater.... *ratione materiæ*. (Comp. notre *Traité des Actes de l'état civil*, n° 319.)

238. — *a*. Sa compétence est, disons-nous, d'abord *territoriale*.

L'article 1317 la mentionne, en exigeant que l'acte ait été reçu par officiers publics, *ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé*.

Et, aux termes de l'article 6 de la loi du 25 ventôse an XI :

« Il est défendu à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine d'être suspendu de ses fonctions pendant trois mois, d'être destitué, en cas de récidive, et de tous dommages-intérêts. » (Comp., sur l'étendue du ressort des notaires, l'article 5.)

L'article 68 ajoute :

« Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6.... est nul.... »

Aussi, l'article 12 exige-t-il que l'acte contienne la mention du lieu où il est passé.

L'authenticité donc lui manque, quand ce lieu est en dehors du ressort où le notaire peut instrumenter, puisqu'il est à considérer comme ayant été reçu par une personne, qui n'avait pas le caractère d'officier public.

(Comp. Toullier, t. IV, nos 58 et 72; Duranton, t. XIII, nos 22 et 26; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 359; Bonnier, n° 473.)

239. — *b.* Nous disons, en second lieu, que la compétence du notaire est *réelle*;

C'est-à-dire qu'il ne peut imprimer le caractère d'authenticité qu'aux actes qui rentrent, par leur nature et par leur objet, dans les limites de ses attributions.

Un notaire donc, même dans son ressort, ne pourrait pas recevoir, par exemple, un acte d'adoption. (Art. 354, Code Napol.)

L'article 1317 ne mentionne pas, à la vérité, explicitement cette compétence réelle, comme il mentionne la compétence territoriale (*supra*, n° 237.)

Mais il la mentionne implicitement, en exigeant que l'acte, pour être authentique, soit reçu par un officier public.

Or, les officiers publics n'ont pas qualité pour recevoir indistinctement tous les actes; le législateur a fait, au contraire, à chacun d'eux sa part distincte d'attributions.

Et, en dehors de ses attributions, l'officier public perd son caractère.

240. — III. Enfin, la troisième condition, qui est nécessaire pour qu'un acte soit authentique, c'est qu'il soit reçu avec les solennités requises (*supra*, n° 229).

L'observation de ces solennités est, en effet, l'une des garanties, et des plus puissantes, de la foi que la loi attache à l'authenticité du titre.

Nous n'avons pas à en entreprendre l'exposition; ce travail, purement accessoire, serait ici un hors d'œuvre; et il nous détournerait de notre sujet.

Bornons-nous à rappeler que les solennités des actes notariés sont réglées par la loi du 25 ventôse an XI (art. 8 et suiv.), et par la loi interprétative et complémentaire du 21 juin 1843.

241. — Il importe, toutefois, de remarquer que ces solemnités sont de deux sortes :

Les unes, qui ne sont exigées que sous peine d'amende, et qui n'empêchent pas que l'acte ait le caractère d'authenticité ;

Les autres, qui empêchent que l'acte ait le caractère d'authenticité et dont l'inobservation entraîne sa nullité comme tel (comp. art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI).

242. — Nous venons d'exposer les trois conditions, qui sont nécessaires pour qu'un acte soit authentique.

Si l'une de ces conditions manque, l'acte est nul comme tel.

Mais s'ensuit-il qu'il soit destitué de toute force probante ?

A cette question, l'article 1318 répond ainsi :

« L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il est signé des parties. »

Telle est également la disposition de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI :

« Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée, sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. »

243. — Cette disposition existait déjà dans notre ancien droit, auquel le législateur nouveau l'a empruntée ; on peut voir que Pothier enseignait en effet, d'après Boireau (part. II, chap. IV), que lorsque l'acte n'est pas authentique, soit par l'incompétence ou l'interdiction de l'officier, soit par le défaut de forme, s'il est signé des

parties, il fait la même foi contre la partie qui l'a signé, qu'un acte sous signature privée (n° 734).

« *Si actus non valet ut agitur*, avait dit aussi Dumoulin, *valeat ut valere potest, concurrente voluntate.* » (Sur la loi I, § I, ff. *De Verb. oblig.*)

Le législateur a présumé que, en général, les parties n'avaient pas entendu subordonner absolument à la validité de la forme authentique, qu'elles adoptaient, la force probante de l'acte, qui devait constater leur convention, et que, en conséquence, lorsque la forme authentique faisait défaut par suite de certains vices, qui ne la détruisaient pas de tous points, la forme privée, qui s'y trouvait, pouvait obtenir la force probante, qui lui appartient; on a donc appliqué la règle : *utile per inutile non vitiatur.*

Cette présomption, toutefois, ne serait pas toujours exacte. (Comp. *infra*, n° 267.)

Mais on peut dire qu'elle est vraie dans sa généralité; et ce qui est certain, dans tous les cas, c'est que c'est bien, en effet, sur cette présomption que la disposition de l'article 1318 est fondée.

244. — Nous avons à préciser, sur cet article, ces deux points :

I. Quelle est la force probante de cet acte authentique, que voilà dégénéré et transformé en acte sous seing privé;

II. Dans quels cas et sous quelles conditions cette force lui est-elle attribuée?

245. — I. D'après l'article 1318, de même que, d'après l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, l'acte, en cas pareil, *vaut comme écriture privée.*

Cette formule peut paraître équivoque.

Est-ce à dire que l'acte vaut comme écriture privée, s'il réunit et pourvu qu'il réunisse les conditions, qui sont nécessaires, en général, pour la validité des actes sous seing privé?

Ou, au contraire, vaut-il comme écriture privée, tel

qu'il est, en l'état où il est, sans qu'il y ait rien de plus à exiger que la signature des parties?

C'est évidemment cette dernière interprétation, qui est la vraie.

Quand l'article 1318 dispose que l'acte vaut *comme écriture privée*, c'est, en effet, à l'acte, tel qu'il le vise, et dans l'état où cet acte se trouve, qu'il attribue la force probante d'un acte sous seing privé.

L'acte donc, dans ce cas, *vaut*, devons-nous dire, comme une écriture privée *valable*.

246. — On a mis, par exemple, en question si l'acte, dont l'article 1318 s'occupe, peut valoir comme écriture privée, dans les cas prévus par les articles 1325 et 1326, quoique les conditions particulières, que ces articles exigent, n'y soient pas remplies?

Aux termes de l'article 1325, les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Et, aux termes de l'article 1326, le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou, du moins, il faut que, outre sa signature, il ait écrit, de sa main, un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

Eh bien! donc, l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, fera-t-il légalement preuve d'une convention synallagmatique, ou d'une promesse unilatérale de payer une certaine somme, quoique les formalités, que nous venons de rappeler, n'y aient pas été observées?

Zachariæ répond négativement. (§ 751, texte et note 9.)

Et Delvincourt distingue : il enseigne que l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, n'est pas soumis à l'appli-

cation de l'article 1325, mais qu'il est soumis à l'application de l'article 1326. (T. II, p. 178, notes 6 et 7.)

Mais il nous paraît certain qu'il n'est pas plus soumis à l'application de l'un que de l'autre :

1° En effet, il est impossible d'ajouter à l'article 1318 d'autres conditions, que celles que son texte même exige ;

Or, l'article 1318, d'accord avec l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, exige seulement que l'acte, dont il s'agit, soit signé des parties ;

Donc, on ne saurait, sans modifier arbitrairement la loi et sans dénaturer la disposition qu'elle édicte, exiger, en outre, que cet acte renferme d'autres formalités, auxquelles elle ne se réfère pas.

2° La raison, d'ailleurs, ou plutôt la nécessité même, ne permet pas qu'il en soit autrement.

Est-ce que les parties, qui voulaient et qui croyaient faire un acte authentique, auront jamais songé à le faire en double exemplaire, conformément à l'article 1325, et à y insérer un *bon* ou *approuvé*, conformément à l'article 1326 ?

Évidemment non !

Et ce serait réduire l'article 1318 à une vaine formule, sans application pratique dans le plus grand nombre des cas, que d'y ajouter cette condition.

2° Les motifs, qui ont inspiré au législateur les articles 1325 et 1326, ne se présentent pas, du reste, dans cette hypothèse.

Pourquoi l'article 1325 ?

Pour que chacune des parties, dans une convention synallagmatique, ait le moyen de prouver l'existence de la convention, et que l'égalité de position judiciaire soit maintenue entre l'une et l'autre, égalité qui serait détruite, si l'une d'elles seulement avait un titre, et point l'autre ; or, l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, se trouvant dans les minutes de l'officier public, sera toujours également à la disposition des deux parties.

Pourquoi l'article 1326?

Pour prévenir les abus de blanc-seing; or, ces abus sont évidemment plus difficiles et par suite moins à craindre dans un acte qui est reçu par un officier public, avec l'observation de certaines formalités.

Aussi, cette interprétation a-t-elle été formellement reconnue au conseil d'État, lors de la discussion de l'article 1318. (Comp. Locré, *Législat. civ.* t. XII, p. 215.)

Et elle est aujourd'hui admise dans la jurisprudence et dans la doctrine. (Comp. Bruxelles, 17 juin 1812, Sirey 1813, II, 67; Paris, 13 avril 1813, Sirey, 1814, II, 255; Cass. 8 mai 1827, Sirey 1827, I, 453; Duranton, t. XIII, n° 71; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 374; Colmet de Santerre, t. V, n° 280 *bis*, III; Bonnier, n° 377; Larombière, t. IV, art. 1318, n° 3.)

247. — De ce que nous venons de dire, il résulte que l'acte, dont il est question dans l'article 1318, est, en définitive, d'une espèce particulière, ni tout à fait authentique, ni tout à fait sous seing privé.

De sorte que nous pouvons distinguer trois sortes d'actes ou de titres; à savoir :

1° Le titre vraiment authentique;

2° Le titre vraiment sous seing privé;

3° Le titre, dont l'article 1318 s'occupe, qui n'étant précisément ni authentique, ni sous seing privé, forme une espèce intermédiaire entre l'un et l'autre.

248. — Mais cet acte *sui generis* fait-il foi de sa date, par sa seule force, à l'égard des tiers?

Est-ce l'article 1319, qu'il faut lui appliquer, sous ce rapport? auquel cas, il fera foi de sa date, *erga omnes*.

Est-ce l'article 1328? auquel cas, il ne fera foi de sa date, contre les tiers, que du jour où il aura été enregistré, du jour de la mort de celui ou de ceux qui l'ont souscrit, ou du jour où sa substance sera constatée dans des actes dressés par des officiers publics.

Nous répondons qu'un tel acte ne fait foi, par lui-même, de sa date, que *inter partes*.

La force probante qui survit, en lui, au défaut d'authenticité, d'où résulte-t-elle, en effet, surtout?

Elle résulte de la signature des parties.

Ce n'est pas du témoignage de l'officier public, puisque précisément ce témoignage ne fait pas foi, l'acte étant nul comme authentique.

Or, la signature des parties privées ne suffit pas pour que l'acte fasse foi de sa date contre les tiers.

249. — Ce qui est certain d'ailleurs, c'est que l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, serait complétement inefficace, dans le cas où la loi exige la forme authentique comme une condition essentielle de la validité de la convention.

Tels sont les cas, où l'acte contiendrait une donation entre-vifs, un contrat de mariage, une constitution d'hypothèque (art. 931, 1394, 2127).

Ces sortes de conventions, dites solennelles, ne peuvent être valables que par un acte authentique; et l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, ne valant que comme écriture privée, il s'ensuit qu'il ne peut être, en cas pareil, d'aucune valeur (comp. Caen, 9 mai 1844, Loupie, Dev., 1845, II, 76; Duranton, t. XIII, n° 69; Bonnier, n° 489; Larombière, t. V, art. 1318, n° 6).

250. — II. Reste à savoir dans quels cas et sous quelles conditions l'acte, dont il s'agit dans l'article 1318, peut produire la force probante, que nous venons de lui reconnaître (*supra*, n° 244).

On peut dire que deux conditions sont requises à cet effet; savoir :

1° Que l'acte ait été reçu par une personne qui, malgré son incompétence ou son incapacité, ou malgré le vice de forme, qu'elle a commis, avait pourtant le caractère d'officier public;

2° Que l'acte soit signé des parties.

251. — 1° Il faut d'abord, disons-nous, que l'acte ait été reçu par un officier public.

C'est le texte même de l'article 1318, qui l'exige :

« L'acte, qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité *de l'officier....* »

Ce qui implique virtuellement la présence de l'officier public.

C'est que, en effet, il s'agit ici d'un acte authentique, irrégulier sans doute et imparfait, mais qui conserve néanmoins encore, malgré la nullité dont la loi le frappe comme tel, un certain caractère, on pourrait dire un certain RESTE d'authenticité.

Voilà bien pourquoi il ne constitue pas seulement un acte sous signature privée ordinaire (comp. *supra*, n° 247).

252. — Il n'arrivera guère sans doute qu'un individu, destitué de tout caractère public, un intrus! s'ingère dans les fonctions de notaire. Les parties d'ailleurs, dont la loi prend ici certainement en considération l'erreur et la bonne foi, ne seraient nullement, en cas pareil, excusables !

Mais ce qui peut arriver et ce qui arrive, en effet, souvent, par suite d'une pratique peu régulière, c'est qu'un acte soit reçu par le clerc d'un notaire, en l'absence de celui-ci.

Un tel acte, s'il est signé des parties, peut-il valoir comme acte sous seing privé, dans les termes de l'article 1318?

Deux cas peuvent se présenter :

Ou l'acte, quoique déposé dans les minutes, n'a pas été signé par le notaire;

Ou l'acte a été signé, après coup, par le notaire, qui l'a déposé dans ses minutes.

253. — Que, dans le premier cas, un tel acte ne puisse pas valoir comme écriture privée, dans les termes de l'article 1318, c'est ce qui nous paraît certain, quoique la solution contraire ait, en sa faveur, des autorités

(comp. Paris, 28 août 1841, *J. du P.* 1841, t. II, p. 547; Rollard de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Acte notarié*, n° 438).

Cet acte ! il n'a pas été reçu par le notaire; il n'est pas même signé par le notaire.

C'est-à-dire qu'il manque radicalement de cet élément essentiel d'authenticité, sans lequel la disposition spéciale de l'article 1318 n'aurait pas de raison d'être !

Qu'il ait été reçu en dehors de l'étude, au domicile de l'une des parties, ou dans l'étude, il n'importe ! nous le tenons toujours pour nul (comp. Riom, 12 juin 1855, Michy, Dev., 1856, II, 273; Bonnier, n° 492; Vaugeois, n° 1).

254. — Mais, dans le second cas, la question peut paraître délicate; et elle est, en effet, controversée.

D'après la solution, qui paraît prévaloir dans la jurisprudence, l'acte reçu par un clerc, et signé ensuite par le notaire qui l'a mis au nombre de ses minutes, peut valoir comme écriture privée, dans les termes de l'article 1318 :

« Attendu (dit la Cour suprême, cassant l'arrêt rendu en sens contraire par la Cour de Nancy, le 5 décembre 1867), que si cet acte ne peut pas être considéré légalement comme un acte authentique, du moins y a-t-il lieu de reconnaître que, aux termes des articles 68 de la loi du 25 ventôse an XI et 1318 du Code Napoléon, il doit valoir comme écriture privée; — Qu'il suffit, pour cela, d'après ces articles, que l'acte sous seing privé soit signé par les parties et mis au rang des minutes du notaire; — Que, de ce moment, en effet, il ne pouvait plus y avoir lieu à l'application de l'article 1325, qui prononce la nullité des actes sous seing privé, contenant des conventions synallagmatiques, qui n'ont pas été faites en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, puisque le dépôt de cet acte aux minutes du notaire Colson permettait à chacune d'elles d'y recourir et d'en

user selon ses intérêts, et qu'ainsi elles rentraient dans les mêmes conditions de sécurité que si l'acte eût été fait double.... » (27 janvier 1869, Parisot, Dev., 1870, I, 169; comp. Caen, 23 juillet 1861, Prempain, Dev., 1862, II, 59; Jozon, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1869, p. 243.)

Nous avouerons que ces motifs ne nous paraissent pas décisifs :

1° Est-il exact, en effet, de dire qu'il suffit, pour l'application de l'article 1318, *que l'acte soit signé des parties et mis au rang des minutes du notaire ?*

Mais vraiment non !

Ce que l'article 1318 exige, comme la condition essentielle de cette demi-authenticité, que l'acte nul comme authentique peut néanmoins conserver, c'est qu'il ait été reçu par un officier, dont la présence offre, en effet, certaines garanties, malgré son incompétence, ou son incapacité, ou le vice de forme qu'il a pu commettre (*supra*, n° 251).

On admet, il est vrai, surtout depuis la loi du 21 juin 1843, que la présence réelle du notaire en second ou des témoins, n'est pas nécessaire à la rédaction de l'acte.

Mais la présence réelle du notaire lui-même, qui reçoit l'acte, comment ne serait-elle pas exigée ?

S'il n'est pas présent, il n'y a pas d'acte authentique, ni pour le tout, ni pour partie !

2° Qui donc alors a reçu l'acte ?

Un individu sans caractère public !

Comment cet acte a-t-il été dressé? — Les parties se sont-elles bien expliquées ? — Leurs explications ont-elles été bien comprises ? — La lecture de l'acte leur a-t-elle été faite, comme il le fallait ?

Ni la signature apposée, après coup, à cet acte par le notaire (dans quel délai ? on ne le précise pas), ni le dépôt, qu'il en fera au rang de ses minutes, ne peuvent corriger ces vices, ni faire disparaître les dangers d'un tel mode de procéder.

Cela est d'évidence, s'il s'agit d'un acte, qui devait, aux termes de l'article 1326, contenir un bon ou approuvé de la part de l'obligé, pour éviter les erreurs et les surprises.

Et nous le croyons de même, s'il s'agit d'un acte, qui devait, aux termes de l'article 1325, être fait en autant d'exemplaires qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct.

D'une part, le dépôt de cet acte par le notaire au rang de ses minutes, ne saurait faire rétroactivement que l'acte n'ait pas été reçu dans des conditions, qui ne sont pas toujours suffisamment rassurantes; et nous ne croyons pas que M. Bonnier ait raison de justifier la doctrine contraire *par des motifs d'utilité pratique.* Notre savant collègue remarque lui-même fort justement que, en l'absence du notaire, on n'a plus *la garantie d'un homme public, confident des parties et témoin de leurs engagements respectifs* (n° 492).

D'autre part, puisque cet acte, au moment même de sa réception, était nul non-seulement comme authentique, mais aussi comme écriture privée, le droit était acquis, à chacune des parties, de demander cette nullité; et il n'a pas pu dépendre du notaire de leur enlever ce droit par le dépôt qu'il en a fait, sans une nouvelle manifestation de leurs volontés.

Ajoutons que ce dépôt, fait sans le concours des parties, pouvait cesser sans leur concours, et qu'il n'a pas, en conséquence, un caractère définitif (comp. Paris, 17 déc. 1829, Sirey, 1830, II, 119; Cass., 16 avril 1845, Desrivières, Dev., 1845, I, 654; Riom, 13 juin 1855, Michy, Dev., 1856, II, 273; Cass., 27 janvier 1869, Parisot, Dev., 1870, I, 169; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat,* v° *Acte notarié,* n° 441; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 494; Aubry et Rau, t. V, p. 375; Larombière, t. IV, art. 1318, n° 4; telle est aussi la doctrine de notre honoré collègue, M. Vaugeois, dans l'intéressante Étude, qu'il a faite de la disposition de l'article 1318).

255. — C'est dans trois cas, d'après l'article 1318, que l'acte, qui est nul comme authentique, peut valoir comme écriture privée; à savoir, lorsque la nullité résulte :

a. Soit de l'incompétence de l'officier public;

b. Soit de son incapacité;

c. Soit d'un vice de forme.

256. — *a*. Le notaire a reçu un acte hors de son ressort.

Cette incompétence territoriale n'empêchera pas que l'acte puisse valoir comme écriture privée, s'il est signé des parties (comp. art. 6 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI).

257. — Le notaire a reçu un acte dans lequel ses parents ou alliés, au degré prohibé, étaient parties, ou qui contenait quelque disposition en leur faveur.

Cette incompétence personnelle ne fait pas non plus obstacle à l'application de l'article 1318 (comp. art. 8 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI; Cass., 26 janv. 1870, Poulain, Dev. 1870, I, 169).

258. — Mais c'est le notaire lui-même, qui était partie personnellement intéressée dans l'acte qu'il a reçu.

Ou cet acte, qu'il a reçu, contenait une énonciation ou une disposition quelconque en sa faveur.

Oh! alors, il sera personnellement non recevable à invoquer un tel acte, qui ne saurait faire preuve, en sa faveur, ni comme acte authentique ni comme écriture privée.

Il est signé pourtant de toutes les parties! (comp. Douai, 10 févr. 1851, Dutertre, Dev. 1851, II, 70; arrêt cassé, *infra*).

Non! il n'est pas signé de toutes les parties.

Car la signature de l'officier public n'est pas et ne peut pas être la signature de l'une des parties!

Il y a là une incompatibilité radicale, qui ne lui permet pas, à lui, notaire, de dire qu'il a signé comme partie! (Comp. *supra*, n° 235; Orléans, 31 mai 1845, Chesnau; et 5 mai 1849, de Perthuis, Dev. 1849, II, 454 et 631; Cass., 15 juin 1853, 1re espèce, Larère; 2e es-

pèce, Sauvage, Dev. 1853, I, 529 et 655; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 375.)

259. — Supposons maintenant qu'un acte a été reçu par un officier public, qui était, en raison de la nature de cet acte, incompétent pour le recevoir.

C'est un acte de vente, qui a été reçu par un officier de l'état civil ou par un huissier.

Nous sommes, pour cette fois, tout à fait en dehors de l'article 1318; et l'acte de vente ne sera valable, même comme écriture privée, qu'autant qu'il aura été fait, conformément à l'article 1325, en autant d'exemplaires qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct; de même qu'il ne sera valable, s'il contient la promesse unilatérale de payer une certaine somme, qu'autant qu'il portera, conformément à l'article 1326, un *bon* ou *approuvé* de la main de la partie qui s'est obligée.

Objectera-t-on que, pourtant, cet acte a été reçu par un officier public, lequel était seulement incompétent, et que, aux termes de l'article 1318, son incompétence n'empêche pas que l'acte puisse valoir comme écriture privée?

Mais il est clair que l'article 1318, malgré l'apparente généralité de ses termes, n'a en vue que l'incompétence territoriale ou personnelle, laquelle est seulement relative, et non pas l'incompétence réelle, laquelle est, au contraire, absolue. La preuve en résulte de la combinaison de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, auquel notre article 1318 a été emprunté, avec les articles 6 et 8 de cette même loi.

Ajoutons que les parties elles-mêmes, en cas pareil, ne méritent pas que la loi leur subvienne; ce sont là des ignorances, qu'elle ne saurait excuser ni reconnaître! L'ordre public des compétences et des juridictions y est trop directement intéressé (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 375; Colmet de Santerre, t. V, n° 280 *bis*, II; Larombière, t. IV, art. 1318, n° 4; Bonnier, n° 492).

260. — *b.* Voici un notaire, qui a reçu un acte, après la notification, qui lui avait été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement.

Il était incapable !

Sans doute; mais, précisément, l'article 1318 considère que cette incapacité n'empêche pas que l'acte puisse valoir comme écriture privée ; et c'est bien là aussi ce qui résulte de la combinaison de l'article 68 avec l'article 52 de la loi du 25 ventôse an XI.

Bien entendu, cette solution implique la bonne foi des parties, et qu'elles ignoraient l'incapacité de l'officier public, auquel elles s'adressaient pour faire rédiger leur convention.

Marcadé ajoute en ce sens, fort justement, qu'il ne suffirait pas d'avoir été notaire à une époque quelconque, pour pouvoir dresser des actes ayant force d'actes privés, sans en suivre les règles; il faut que l'acte ait été reçu peu de temps après la destitution ou le remplacement, et à un moment où l'ex-notaire se livrait encore, quoique indûment, à l'exercice de ses anciennes fonctions (art. 1318, n° V).

261. — *c.* Enfin, l'acte peut être nul pour vice de forme.

Il s'agit ici évidemment d'un de ces vices de forme, qui emportent nullité et qui l'empêchent de valoir comme acte authentique.

Eh bien ! il peut, en ce cas, valoir comme acte sous seing privé.

Les témoins, par exemple, n'ont pas signé. (Comp. les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.)

262. — Mais c'est le notaire, qui n'a pas signé!

Il en est de même, dit-on; le défaut de signature du notaire ne constitue aussi, d'après les mêmes articles, qu'un vice de forme (comp. Larombière, t. IV, art. 1318, n°s 2 et 3).

Mais pourtant la première condition, qui est exigée par

l'article 1318, pour que l'acte, nul comme authentique puisse valoir comme écriture privée, c'est qu'il ait été reçu par un officier public (*supra*, n° 251);

Or, la preuve de l'accomplissement de cette condition ne peut résulter que de la signature de cet officier;

Donc, à défaut de la signature du notaire, l'acte ne peut valoir ni comme acte authentique, ni comme acte sous signature privée (comp. *supra*, n°s 236, 253 et 254; Riom, 13 juin 1855, Michy, Dev. 1856, II, 273; Marcadé, art. 1318, n° 5; Bonnier, n° 492).

263. — Quel que soit le vice de forme, ajoute M. Larombière, l'acte vaut toujours comme écrit sous seing privé, soit qu'il ait été passé en minute ou en brevet. Et même, dans ce dernier cas, il vaut comme écrit privé, quand bien même la loi prescrirait de le recevoir en minute (t. IV, art. 1318, n° 2).

Telle paraît être, en effet, la conséquence des articles 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, de la combinaison desquels on peut conclure qu'il n'y a là aussi qu'un vice de forme (comp. Marcadé, art. 1318, n° 11; D. Rec. Alph. v° *Obligations*, n°s 3797-3798; Vaugeois, n° 11).

On ne saurait, toutefois, se dissimuler combien cette solution a de gravité, dans le cas où l'acte qui a été reçu en brevet, contient une convention synallagmatique.

Voilà donc un seul exemplaire de l'acte qui renferme cette convention; et celle des parties, qui n'a pas le brevet, se trouve à la discrétion de l'autre partie, qui l'a dans ses mains, et qui peut, à son gré et suivant son plus grand intérêt, invoquer la convention ou la méconnaître!

Aussi, Marcadé convient-il que cette solution, qui lui paraît devoir être admise *en droit*, soulève, en *législation*, des objections très-sérieuses (*loc. supra cit.*).

Ne pourrait-on pas aller plus loin et prétendre que, même en droit, elle ne doit pas être admise?

Cela serait vrai si, en effet, la disposition de l'article 1325 est fondée sur ce motif que les parties, qui font une convention synallagmatique, sont présumées en subordonner la formation et l'existence à la condition que l'acte, qu'elles font dresser, en fournira la preuve pour chacune d'elles.

Nous faisons donc, sur ce point, nos réserves, jusqu'au moment où nous exposerons la théorie *des doubles*. (Comp. Teste, *Encyclop. du Droit*, v° *Acte notarié*, n°s 38 et 40.)

264. — 2° La seconde condition, qui est requise par l'article 1318 du Code et par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, c'est que l'acte soit signé *des parties*, dit l'article 1318...., *de toutes les parties contractantes*, dit l'article 68.

Il ne suffirait donc pas que le notaire eût attesté, conformément à l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI, que les parties ou l'une d'elles ont déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer.

Comment, en effet, un acte pourrait-il valoir comme *écrit sous signature privée*, s'il n'était pas revêtu *de la signature* des parties! (Comp. Teste, *Encyclop. du Droit*, v° *Acte notarié*, n° 41.)

265. — Toutefois, encore bien que l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, exige la signature *de toutes les parties contractantes*, on s'accorde à reconnaître que ces termes ne doivent s'entendre que de celles des parties, qui contractent une obligation.

Si donc il s'agit d'un acte, qui constate une convention unilatérale, un prêt, par exemple, il suffira de la signature de l'emprunteur; et le défaut de signature du prêteur ne fera pas obstacle à l'application de l'article 1318.

En droit, la signature du créancier n'est pas exigée dans les actes sous seing privé; par la raison très-simple que son adhésion à l'engagement, qui est contracté envers lui, est naturellement prouvée par la possession où

il est de son titre; et en fait, sa signature n'y est, effectivement, presque jamais apposée;

Or, évidemment, le législateur, dans l'article 1318 du Code et dans l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, n'a pas entendu exiger, dans l'acte, nul comme authentique, et qu'il fait valoir comme acte sous signature privée, plus qu'il n'exige dans les actes sous signature privée ordinaires (comp. Duranton, t. XII, n° 73; Bonnier, n° 376; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 375; Colmet de Santerre, t. V, n° 280, *bis*, IV).

266. — Mais aussi, lorsque plusieurs personnes contractent ensemble, conjointement ou solidairement, une obligation, il faut s'en tenir à notre texte; et l'acte doit être revêtu de la signature *de toutes les parties contractantes*.

Paul, Pierre et Jules se présentent, chez un notaire, pour contracter, conjointement ou solidairement, par le même acte, une obligation envers Joseph.

L'acte qui, en est dressé, est nul comme authentique, parce que le notaire, par exemple, était incompétent.

Et cet acte n'a été signé que par Paul seulement, ou par Paul et par Pierre.

Mais il n'a pas été signé par Jules.

Qu'il ne puisse pas valoir, comme écriture privée, contre celui des trois qui ne l'a pas signé, cela est certain. (Comp. *supra*, n° 264.)

Mais contre les deux autres, qui l'ont signé?

Pas davantage!

Il est évident, en effet, que l'acte qui est nul comme authentique, ne peut valoir, comme écriture privée, qu'autant qu'il reproduit exactement la convention des parties, telle qu'elles ont entendu la faire;

Or, l'acte, dont il s'agit, manque de cette condition essentielle, puisque les parties contractantes entendaient s'obliger *à trois*, et non pas seulement *à deux*, envers Joseph;

Donc, la même cause, qui empêche que cet acte soit

opposable à celui qui ne l'a pas signé, empêche également qu'il soit opposable à ceux qui l'ont signé.

Cette solution nous paraît aussi juridique qu'équitable, malgré certains dissentiments.

Toullier enseigne qu'un tel acte fait preuve de l'engagement contre les parties, qui l'ont signé, sauf le droit, pour chacune d'elles, de s'en départir, tant que l'autre partie n'aura pas exprimé sa volonté de maintenir le contrat. (T. V, n°s 125, 137; comp. Larombière, t. IV, art. 1318, n° 9);

Tandis que Duranton décide plus nettement, contre les signataires, que l'acte fait une preuve absolue de leur engagement. (T. XIII, n° 72.)

Mais ces amendements sont, à notre avis, tout à fait inadmissibles.

Qui ne voit, en effet, combien la doctrine de Toullier serait illogique et inique !

De deux choses, l'une :

Ou l'acte, en cet état, signé par les uns et non signé par les autres, fait preuve contre les signataires;

Ou il ne fait pas preuve.

Dans le premier cas, l'engagement étant formé, il est impossible qu'ils se dégagent;

Et dans le second cas, l'engagement n'étant pas formé, il est impossible que les autres parties viennent, après coup, le former, en apposant leur signature à cet acte.

Et puis, quelle inégalité entre ceux qui ont signé et ceux qui n'ont pas signé! les premiers seraient ainsi à la discrétion des autres, qui pourraient, à leur gré, suivant leur intérêt ou leur caprice, invoquer l'acte ou le repousser! (Comp. Cass., 27 mars 1812, Sirey, 1812, I, 309; Cass., 26 juill. 1832, Dev., 1832, I, 492; Cass., 26 janv. 1870, Poulain, Dev., 1870, I, 169; Marcadé, art. 1318, n° 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 376, 377; Bonnier, n° 376.)

267. — Il nous reste à présenter deux observations :

I. D'une part, il peut arriver que les parties aient subordonné la formation et la validité de leur convention à la condition qu'elle serait constatée dans un acte authentique, et que cet acte serait valable comme tel;

Et, dans ce cas, s'il est reconnu que telle a été leur volonté, l'acte, nul comme authentique, ne pourra pas même valoir comme écriture privée; l'article 1318 ne sera donc pas applicable, lors même qu'il serait signé de toutes les parties. (Comp. *supra*, n° 243.)

268. — II. D'autre part, il peut arriver, en sens contraire, que les parties n'aient pas subordonné la formation et la validité de leur convention à la condition que l'acte, qu'elles en ont fait dresser, serait valable, soit comme acte authentique, soit même comme acte sous signature privée.

Et, dans ce cas, s'il est aussi reconnu que telle a été leur volonté, la convention sera valable, lors même que l'acte, qui en a été dressé, ne pourrait valoir ni comme acte authentique, ni comme écriture privée, parce qu'il ne serait pas revêtu de leurs signatures.

Leur convention, disons-nous, sera valable, si, bien entendu, la preuve en est fournie autrement, par l'aveu, par exemple, ou par le serment. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 35, 36; Larombière, t. IV, art. 1318, n°s 13, 14.)

B

QUELS SONT LES EFFETS DU TITRE AUTHENTIQUE.

SOMMAIRE.

269. — I. Observation critique sur la rédaction de l'article 1319. — Trois points sont à examiner; savoir : I — la force probante de l'acte authentique; II — sa force exécutoire; III — sa force obligatoire.
270. — De la force probante de l'acte authentique. — Et d'abord, d'où résulte la preuve de l'authenticité même de l'acte?
271. — Étant admis que l'acte, qui est produit, est authentique, quelle en est la force probante?
272. — Suite.

273. — Suite.
274. — Suite.
275. — Suite.
276. — Suite.
277. — Suite.
278. — Suite.
279. — Suite.
280. — Suite.
281. — Suite.
282. — II — De la force exécutoire de l'acte authentique. — Exposition.
283. — Suite.
284. — Suite.
285. — III — De la force obligatoire de l'acte authentique. — Explication.
286. — Suite.
287. — La règle que la convention, renfermée dans l'acte, a force obligatoire entre les parties contractantes, et leurs héritiers ou ayants cause, est-elle aussi applicable aux simples énonciations, qui peuvent s'y rencontrer? — Observation. — Division.
288. — *a.* — Quel est l'effet des énonciations, à l'égard des parties contractantes et de leurs héritiers ou ayants-cause?
289. — Suite.
290. — Suite.
291. — Suite.
292. — *b.* — Quel est l'effet des énonciations, à l'égard des tiers? — Explication.
293. — Suite.
294. — Suite.
295. — Suite.
296. — Suite.
297. — Suite.
298. — Suite.
299. — Suite.
300. — Faut-il encore admettre, dans notre Droit nouveau, la maxime de l'ancien Droit : *in antiquis enunciativa probant?*
301. — Suite.
302. — Faut-il admettre aussi l'ancienne maxime : *in antiquis omnia præsumuntur solenniter acta?*

269. — L'article 1319 est ainsi conçu :

« L'acte authentique fait pleine foi de la convention, « qu'il renferme, entre les parties contractantes, et leurs « héritiers ou ayants cause.

« Néanmoins, en cas de plainte en faux principal, « l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par « la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux « faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les

« circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de « l'acte. »

La rédaction de ce texte n'est pas, il faut le reconnaître, à beaucoup près, satisfaisante; elle réunit, ou plutôt elle confond trois ordres de principes, qu'il eût été, au contraire, fort essentiel de distinguer; à savoir :

I. La force probante de l'acte authentique;

II. Sa force exécutoire;

III. Sa force obligatoire, c'est-à-dire son effet, au point de vue des droits ou des obligations, qui peuvent naître de la convention, qu'il contient.

C'est même de ce troisième point, que l'article 1319 paraît s'occuper principalement; et si l'on s'en tenait à ses termes, la conclusion serait que l'acte authentique ne produit pas plus d'effet que l'acte sous seing privé! (Comp. art. 1319 et 1322.)

Il y a donc là une confusion, qu'il importe de faire disparaître.

Et, à cet effet, nous exposerons successivement les trois ordres de principes, que nous venons d'indiquer.

270. — I. Quelle est la force probante de l'acte authentique?

C'est notre première question, celle qui est, en ce moment, la nôtre, puisque nous traitons des preuves; à ce point que l'on serait autorisé à dire que les deux autres ne sont pas ici tout à fait à leur place.

Mais cette première question est elle-même primée par une autre question préalable, qu'il faut d'abord résoudre; à savoir : d'où résulte la preuve de l'authenticité même de l'acte?

Répondrons-nous, avec l'article 1317, que l'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public?

Oui certainement; voilà le droit!

Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit; la question est de savoir, en fait, si l'acte que voici a été effectivement reçu par un officier public.

Paul, qui l'oppose à Pierre, l'affirme;

Pierre, auquel il est opposé, le nie.

De quel côté est la présomption légale? lequel des deux doit faire la preuve?

Il est manifeste que Paul ne fait pas sa preuve et qu'il tourne dans un cercle vicieux, lorsqu'il se borne à dire que l'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public; c'est là ce qu'on appelle résoudre la question par la question, puisque tel est précisément l'objet même de la contestation.

Il faut pourtant reconnaître que cette solution est celle de la loi; elle résulte, en effet, de l'ordre numérique de nos textes et de l'enchaînement qui lie l'article 1317 à l'article 1319. Après avoir disposé que l'acte authentique est celui, qui a été reçu par un officier public, le législateur dispose que l'acte authentique fait pleine foi des conventions qu'il renferme; décrétant ainsi virtuellement la présomption que l'acte, qui porte les signes extérieurs de l'authenticité, doit être considéré comme authentique.

Présomption d'ailleurs très-conforme à l'étymologie du mot : *authentique*, qui signifie un acte, dont l'auteur est certain. (Comp. aussi l'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI.)

D'où il suit que le porteur d'un tel acte n'a pas à prouver qu'il est vraiment authentique; c'est à celui, qui prétend le contraire, à en fournir la preuve; laquelle preuve ne peut être fournie que par la procédure de l'inscription de faux.

Cette doctrine était déjà constante dans notre ancien Droit :

« Il y a, disait Pothier, cette différence entre les actes sous signature privée et les actes authentiques, que ceux-ci ne sont sujets à aucune reconnaissance. » (N° 743.)

Voilà bien aussi ce qui résulte de nos textes nouveaux.

Que l'on compare l'article 1319 avec les articles 1322,

1323 et 1324 du Code Napoléon, et avec les articles 193 et suivants du Code de Procédure.

Quelle différence!

Êtes-vous porteur d'un acte sous signature privée?

C'est à vous de le faire reconnaître, et, s'il est méconnu, d'entreprendre, comme demandeur, la vérification d'écriture.

Tout autre est la situation de celui qui est porteur d'un acte revêtu de l'apparence de l'authenticité; il n'a rien à prouver, lui! et c'est à la partie qui en conteste l'authenticité, à fournir sa preuve au moyen de l'inscription de faux. (Art. 214 et suiv. du Code de Procéd.)

Cette présomption de vérité, que la loi attache à la forme extérieure et à l'apparence d'authenticité de l'acte, peut être d'ailleurs justifiée par les considérations les plus puissantes.

L'acte, qui a l'extérieur de l'authenticité, présente en effet, par cela même, des garanties qui manquent nécessairement à l'acte sous signature privée. — La signature des officiers publics est, généralement, plus connue que celle des simples particuliers; elle est soumise, dans les cas où elle pourrait être moins connue, à la formalité de la légalisation (art. 28 de la loi du 25 ventôse an XI); — leurs actes sont assujettis à un certain nombre de formalités; — ils exigent la présence soit d'un second officier public, soit de plusieurs témoins; — il y en a, tels que les actes notariés, qui doivent porter l'empreinte d'un cachet ou d'un sceau particulier (art. 27 de la loi du 25 ventôse an XI); — le faux en écriture publique est puni plus sévèrement que le faux en écriture privée. (Comp. art. 147 et 150 du Code pénal); — toutes circonstances, qui rendent le faux en écriture publique plus difficile et plus rare que le faux en écriture privée.

Et puis, enfin, il faut bien, pour la sécurité sociale et pour le repos des familles, qu'il y ait quelque chose de certain! il faut que la loi offre aux parties un moyen

de constater, une fois pour toutes, leurs droits solidement, sans être obligées de faire plus tard, en quelque sorte, la preuve de leur preuve! tel est précisément le titre authentique, ... *probatio probata, non probanda,* suivant le mot du président Favre (comp. Mascardus, *De Probat.*, concl. 1148, n° 2).

C'est en ce sens que Dumoulin disait aussi : *Acta probant se ipsa.* (*Comment. sur la Cout. de Paris,* tit. I, § 8, n° 9).

« Autrement, s'écrie M. Teste, il n'y aurait, dans la société, ni paix ni sécurité; que seraient les actes d'acquisition, les contrats de toute espèce, s'ils ne pouvaient être opposés à des tiers! » (*Encyclop. de droit,* v° *Acte authentique,* n° 20 ; comp. Bonnier, n°s 457 et 506.)

271. — Maintenant, étant admis que nous sommes en présence d'un acte authentique, quelle est la force probante des conventions, des énonciations ou des faits quelconques, qu'il constate?

On peut dire que c'est à Dumoulin, que revient l'honneur d'avoir, sinon créé, du moins discipliné scientifiquement la doctrine française sur cette importante matière (comp. *Commentarii in consuetudines Parisienses,* tit. I, § 8, n°s 9-10 et 64).

Pothier n'a guère fait que la reproduire; et même, ne l'a-t-il pas reproduite très-complétement (comp. *infra,* n° 273).

Telle est aussi la doctrine, qui se trouve dans notre article 1319, avec sa rédaction un peu obscure.

La règle, à cet égard, est très-simple; et cette règle une fois posée, les conséquences en découlent logiquement.

L'officier public est un mandataire dans lequel la loi a placé sa confiance, et qu'elle a chargé de la mission de constater officiellement certains faits.

D'où il résulte :

D'une part, que l'officier public doit, comme tout man-

dataire, se renfermer dans la limite de sa mission, et qu'il n'imprime le caractère d'authenticité qu'aux faits qu'il constate en sa qualité et dans l'exercice de sa charge, *tempore instrumenti gesti*, disait Dumoulin;

Et d'autre part, que, même dans l'exercice et dans la limite de ses attributions, il n'imprime le caractère d'authenticité qu'à ceux des faits qu'il atteste personnellement, comme en ayant été témoin.... *quorum notitiam et scientiam habet propriis sensibus visus et auditus* (*loc. supra cit.*, § 64); car c'est à lui, en effet, personnellement, que la loi accorde sa confiance, point à d'autres, qui, s'ils mentaient dans un acte public, ne seraient pas exposés aux mêmes peines que l'officier public doit encourir, lorsqu'il trompe la confiance de la loi (comp. notre *Traité des Actes de l'état civil*, n° 319).

272. — En conséquence :

a. S'agit-il d'un fait, que l officier public a constaté *de visu aut auditu*, dans la limite de ses attributions et dans l'exercice de ses fonctions?

L'acte fait foi, jusqu'à inscription de faux, non-seulement à l'égard des parties, mais encore à l'égard des tiers.

b. S'agit-il, au contraire, d'un fait que l'officier public, agissant même dans la limite et dans l'exercice de ses fonctions, n'a pas pu constater personnellement *de visu aut auditu?*

L'acte ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, non-seulement à l'égard des tiers, mais encore à l'égard des parties.

Ces deux propositions nous paraissent également certaines.

273. — *a.* On a toutefois coutume de dire, contre notre première proposition, que l'acte authentique prouve seulement, à l'égard des tiers, *rem ipsam*, c'est-à-dire que le fait matériel, qui est attesté par le notaire, *de visu aut auditu*, s'est effectivement accompli (comp. *le Rapport au*

Tribunat, par M. Jaubert, Locré, *Législat. civ.*, t, XII, p. 510).

Et on prétend établir ainsi, quant à la force probante de l'acte authentique, une différence entre les tiers et les parties.

Il est vrai que telle était la formule de Pothier, qui enseigne que l'acte authentique prouve, contre les tiers, *rem ipsam* (n° 739).

Mais cette formule serait trop restreinte ; et il est permis de dire que le grand jurisconsulte, qui l'empruntait à Dumoulin, ne l'a pas exactement reproduite.

La formule de Dumoulin était, en effet, plus large !

« *Acta vel quæcumque scripta publica*, disait-il, *probant se ipsa, id est rei taliter gestæ fidem faciunt* INTER QUOSCUMQUE. »

Et il ajoutait :

« *Publicum instrumentum* ERGA OMNES *est æque publicum et probans.* » (*Loc. supra cit.*, § 8.)

Voilà l'expression vraie de notre principe !

Est-ce que, en effet, le caractère de l'officier public n'existe pas, également, pour tous ! Qu'importe que vous soyez un tiers ou une partie? Peut-il vous être, en aucun cas, permis de récuser, *de plano*, le témoignage rendu par un officier public dans l'exercice régulier de ses fonctions ?

Évidemment non !

Que les tiers puissent, *de plano*, récuser le témoignage particulier des parties, dans un acte sous seing privé, cela se conçoit; cela devait être.

Ce témoignage, qui doit faire foi entre elles, puisqu'il est leur propre aveu, ne saurait être opposé aux tiers; car il ne leur offre aucune garantie.

Mais tout autre est l'acte authentique !

Et quand on ajoute que cet acte prouve seulement contre les tiers *rem ipsam*, nous répondons que telle est aussi seulement la preuve qu'il fait contre les parties ; et

qu'il ne saurait y avoir, sous ce rapport, entre les tiers et les parties, aucune différence.

Nous ne nous occupons, en effet, ici que de la force probante de l'acte.

Or, ce n'est pas, bien entendu, en vertu de la force probante de l'acte, que les parties sont obligées par la convention qu'il renferme.

Si les parties sont obligées, c'est en vertu de cette convention elle-même, dont l'acte authentique fournit la preuve; il s'agit alors, non pas de l'effet de la force probante de l'acte, qui est absolu, mais de l'effet de la convention, qui est relatif, deux effets distincts, qu'il faut se garder de confondre! (Comp. *supra*, n° 269.)

274. — Ne pourrait-on pas, toutefois, objecter que cette théorie est dépourvue d'intérêt pratique.

En effet, dirait-on, d'après l'article 1319, ce n'est pas seulement entre *les parties contractantes*, que l'acte authentique fait pleine foi; c'est aussi entre *leurs héritiers ou ayants cause.*

Et certainement, le mot : *ayant cause*, comprend ici, dans sa généralité, tous les ayants cause soit à titre universel, soit à titre particulier.

Eh bien! alors, de deux choses l'une :

Ou il s'agit d'un ayant cause à titre particulier, tel qu'un acheteur, auquel on oppose un acte authentique, par lequel son vendeur a précédemment concédé à un premier ayant cause un droit de propriété ou un droit réel quelconque sur la chose, qu'il lui a ensuite vendue.

Et, dans ce cas, l'acte authentique fera foi contre lui.

Pourquoi?

Dirons-nous : quoiqu'il soit un tiers?

Non pas vraiment!

Nous dirons : parce qu'il est un ayant cause de l'une des parties contractantes.

Ou il s'agit d'un tiers, qui n'est pas l'ayant cause de l'une des parties contractantes.

Et, dans ce cas, à quoi bon dire que l'acte fera foi contre ce tiers? Que lui importe cet acte, à lui, *penitus extraneus*, qui est étranger aux relations qu'il a produites, et que cette affaire ne concerne en aucune façon!

L'objection paraît pressante; et la vérité est qu'elle sera exacte, dans le plus grand nombre des cas, en pratique.

Mais elle ne détruit nullement, pour cela, la théorie que nous venons de présenter; et il est facile de démontrer que cette théorie est elle-même, en fait, susceptible de recevoir d'importantes applications.

Voici, par exemple, le possesseur d'un immeuble, qui est actionné en revendication par le véritable propriétaire.

Mais ce possesseur, qui a acquis de bonne foi et par un juste titre authentique, cet immeuble *a non domino*, le possède depuis plus de dix ou vingt ans; et il oppose, en conséquence au revendiquant la prescription acquisitive, en vertu de l'article 2265.

Le revendiquant, comme on voit, n'est ici, en aucune manière, l'ayant cause de la partie contractante, qui a figuré dans l'acte authentique. Apparemment non! puisque cette partie aliénait son bien; il est donc tout à fait un tiers.

Eh bien! donc, pourrait-il soutenir que cet acte authentique de vente, que l'acquéreur lui oppose, ne fait pas foi contre lui, et qu'il ne prouve ni la vente, ni la date de cette vente?

« Une pareille proposition serait insoutenable! » s'écrie M. Bonnier (n° 508).

Certainement oui!

Et il est, en conséquence, démontré qu'il y a un véritable intérêt pratique dans la théorie, d'ailleurs très-juridique, d'après laquelle l'acte authentique fait, à l'égard des tiers, la même foi qu'à l'égard des parties contractantes et de leurs héritiers ou ayants cause.

275. — L'acte authentique porte la mention du lieu, de l'année et du jour où il a été reçu, des signatures qui

y ont été apposées, et de l'accomplissement des autres formalités, qui y sont requises (comp. art. 12 et suiv. de la loi du 25 ventôse, an XI).

L'acte constate que les parties ont fait telles conventions, déclarations ou énonciations, que l'officier public a reçues et consignées.

Il constate le fait de la numération d'une somme d'argent par l'une des parties à l'autre.

Qui pourrait, sans recourir à la procédure d'inscription de faux, contester la réalité de ces faits?

Personne! ni les parties, ni les tiers. (Comp. Cass., 14 fév. 1828, Sirey, 1828, I, 339; Cass., 2 juin 1834, Dev. 1834, I, 583; Cass., 18 août 1840, Bourguignon, Dev. 1840, I, 785; Duranton, t. XIII, n° 579; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 368; Bonnier, n° 508.)

276. — C'est surtout la mention de la date, qui fait apparaître cette différence entre l'acte authentique, qui fait foi de sa date à l'égard des tiers autant qu'à l'égard des parties, et l'acte sous seing privé, qui ne fait foi de sa date qu'à l'égard des parties, de leurs héritiers ou ayants cause.

Aux termes de l'article 1328 :

« Les actes sous seing privé n'ont de date contre les « tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de « la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, « *ou du jour où leur substance est constatée dans des actes* « *dressés par des officiers publics*, tels que procès-ver- « baux de scellés ou d'inventaire. »

D'où résulte cette double conséquence :

Que l'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date contre les tiers;

Tandis que l'acte authentique fait foi, à l'égard des tiers, de sa date comme de toutes les autres énonciations, qui sont garanties par le témoignage personnel de l'officier public.

Et voilà comment l'acte sous seing privé relaté dans

un acte authentique, acquiert lui-même, de ce jour, date certaine, à l'égard des tiers.

277. — Ce n'est pas seulement *de la convention qu'il renferme*, que l'acte authentique fait pleine foi.

Ces termes de l'article 1319 sont évidemment trop restrictifs.

Il faut dire, plus généralement, que l'acte authentique fait pleine foi de toutes les dispositions qu'il renferme, quel qu'en soit d'ailleurs le caractère, payements, reconnaissances, aveux, etc.

Le motif essentiel, d'où procède la force probante de l'acte, l'exige, en effet, ainsi. (Comp. *supra*, n° 275; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 368.)

278. — En est-il de même *de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs?* (Comp. art. 1320.)

Quelques jurisconsultes répondent négativement, et que les simples énonciations, que l'acte authentique renferme, peuvent faire foi seulement, suivant les cas, entre les parties contractantes, mais non point à l'égard des tiers. (Comp. Toullier, t. V, n°s 157 et 161; Duranton, t. XIII, n° 98; Colmet de Santerre, t. V, n° 282 *bis*, IX.)

Pourquoi donc?

Est-ce que les énonciations ne sont pas elles-mêmes, aussi bien que les dispositions, constatées par le témoignage personnel de l'officier public?

Assurément!

Or, toutes les parties de l'acte authentique, qui portent cette empreinte, doivent faire foi jusqu'à inscription de faux, *erga omnes*.

Et la loi, en effet, n'établit aucune distinction entre les unes et les autres. (Comp. *infra*, n° 293; Marcadé, art. 1319, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 371.)

279. — *b.* Mais supposons que ce n'est pas le *matériel*, et que c'est le *moral* de l'acte, que l'on attaque, pour nous servir des expressions de M. Jaubert, dans son rap-

port au Tribunat (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 510).

Tout en reconnaissant la réalité physique des faits, que le notaire a constatés *de visu aut auditu*, on en conteste la sincérité; c'est un moyen de simulation et de fraude, qui est produit.

On vient dire :

Cet acte constate, il est vrai, que les parties ont déclaré au notaire qu'elles faisaient, entre elles, un contrat de vente; mais leur déclaration n'était pas sincère; et elles ne faisaient, sous la fausse apparence d'une vente, qu'un contrat déguisé d'impignoration.

Ou encore :

Cet acte constate qu'une numération d'espèces, montant à telle somme, a été faite, en présence du notaire, par Pierre, qui a déclaré les livrer à Paul, et à Paul qui a déclaré les recevoir pour cause de prêt; mais, ces déclarations n'étaient pas sincères; la numération des espèces n'a été qu'un simulacre; Pierre ne s'est pas dessaisi de la somme, ou du moins de toute la somme; et cette convention est entachée d'usure.

Qui que vous soyez, qui opposez ces moyens-là contre un acte authentique, tiers ou partie contractante, vous serez admis à en fournir la preuve, sans recourir à l'inscription de faux.

Et si, par exemple, c'est pour cause de dol ou de fraude que vous attaquez le *moral* de cet acte, vous pouvez invoquer la preuve testimoniale et les présomptions (art. 1348, 1353).

Ce n'est pas que nous veuillions dire que cette preuve serait admissible, dans tous les cas semblables, contre un acte authentique; nous réservons cette question pour le moment où nous examinerons dans quels cas les différentes espèces de preuve sont, en effet, admissibles.

Mais ce que nous affirmons, dès maintenant, c'est que, dans aucun de ces cas, il ne sera nécessaire de recourir

à l'inscription de faux (comp. Cass., 10 juin 1816, Sirey, 1816, I, 447; Cass., 5 févr. 1828, Sirey, 1828, I, 232; Cass., 31 juill. 1833, Dev. 1833, I, 840; Cass., 4 févr. 1836, Digne, Dev. 1836, I, 839; Cass., 2 mars 1837, Billonneaux, Dev. 1837, I, 985; Cass., 23 déc. 1853, Brunschwig, Dev. 1854, I, 405; Cass., 13 juill. 1874, Leinen, Dev. 1874, I, 469; Cass., 14 juill. 1874, Bonnin, Dev. 1875, I, II; Toullier, t. VI, n° 122; Duranton, t. XIII, n°s 84-85; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 369; Bonnier, n° 507; Larombière, t. IV, art. 1319, n°s 7-8).

280. — Nous avons aussi déjà remarqué ailleurs qu'il n'est pas nécessaire de s'inscrire en faux, pour prouver que le testateur n'était pas sain d'esprit, malgré le témoignage du notaire, qui, recevant son testament authentique, aurait déclaré qu'il lui a paru *sain de mémoire et d'entendement;*

A moins, pourtant, qu'on n'allègue que le testateur était dans un tel état de faiblesse, qu'il ne pouvait plus parler; au quel cas, on s'attaquerait, en effet, à une déclaration faite par l'officier public, dans l'exercice de ses fonctions, déclaration qui forme l'une des mentions substantielles de l'acte, puisque le testament authentique doit être dicté par le testateur au notaire! (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments,* t. I, n°s 365-366.)

281. — Pourrait-on, sans recourir à l'inscription de faux, prétendre que l'acte authentique n'exprime pas, d'une manière exacte et complète, la convention qui est intervenue entre les parties, et que cette convention a été modifiée, avant, lors ou depuis, par des clauses particulières, que l'acte ne mentionne pas ou que même il semble exclure par des mentions contraires?

L'acte porte qu'un contrat de vente pure et simple a eu lieu entre Pierre et Paul; et quand l'une des parties en demande l'exécution contre l'autre, celle-ci demande à prouver qu'il a été convenu, entre elles, que la

vente n'était consentie que sous une condition suspensive.

Ou c'est un acte de prêt, qui constate qu'il a été convenu que l'emprunteur payera des intérêts à 5 pour 100, et que le remboursement devra être fait par lui dans deux ans; et voici que l'emprunteur prétend, au contraire, qu'il a été convenu qu'il ne payerait des intérêts qu'à 4 pour 100, et que le remboursement n'aurait lieu que dans quatre ans.

La preuve, dans ces cas et autres semblables, peut-elle être faite, sans recourir à l'inscription de faux?

Il serait permis d'hésiter; car enfin, cette preuve que vous demandez à faire, elle va *contre et outre le contenu* à l'acte authentique; et si elle est admise, il semble qu'on ne pourra plus dire que cet acte fait pleine foi de la convention qu'il renferme.

Cette objection sera péremptoire, si, en effet, la preuve, que l'on demande à faire, s'attaque au témoignage personnel de l'officier public, comme si, par exemple, on lui impute d'avoir lui-même inexactement ou incomplétement reproduit la convention des parties, en l'altérant ou en la dénaturant!

Mais ce n'est pas là ce que nous supposons, dans la question proposée.

Ce que nous supposons, c'est que celui qui demande à faire cette preuve contre et outre le contenu à l'acte authentique, reconnaît que l'acte, tel qu'il est, reproduit exactement et complétement la convention telle qu'elle a eu lieu, de fait, devant l'officier public; et que les clauses particulières, par lesquelles elle a été modifiée, n'ont pas été arrêtées en sa présence et qu'il n'a pas été appelé à les constater.

Or, cette preuve, ainsi précisée et circonscrite, ne s'attaque pas au témoignage personnel de l'officier public.

Donc, elle doit être admise, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'inscription de faux.

Et elle doit être admise, quel que soit celui qui offre de la fournir, soit un tiers, soit même l'une des parties contractantes. (Comp. Cass., 26 janv. 1820, Sirey, 1820, I, 10; Cass., 23 juill. 1851, de Montbreton, Dev., 1851, I, 753; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 369-370; Larombière, t. IV, art. 1319, nos 11, 12.)

282. — II. Le second alinéa de l'article 1319 se réfère à la force exécutoire de l'acte authentique, qui dérive aussi, comme sa force probante, du caractère ou même seulement de l'apparence d'authenticité, dont il est revêtu. (Comp. *supra*, n° 269.)

Ce n'est pas à dire, sans doute, que la force exécutoire appartienne, comme la force probante, à tous les actes authentiques. (Comp. Bonnier, nos 470, 495 et suiv.)

Cette force appartient aux actes notariés, en vertu de l'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI, et aux grosses des jugements et arrêts, en vertu de l'article 547 du Code de Procédure.

La force exécutoire de l'acte authentique, de même que sa force probante, ne peut donc être détruite que par un jugement qui le déclare faux soit matériellement, soit intellectuellement, après la procédure de l'inscription de faux.

283. — Et, toutefois, même avant le jugement, l'exécution de l'acte peut être suspendue, suivant la distinction établie par l'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI, qui est reproduite par l'article 1319, avec cette seule différence qu'il n'y est plus question *du jury d'accusation*, qui existait en l'an XI et qui n'existait plus en 1804.

Cette distinction d'ailleurs est très-sage :

Il n'était pas possible d'admettre que le fait seul d'une inscription de faux, et encore moins d'une simple opposition, plus ou moins témérairement formée, suffit à suspendre la force exécutoire de l'acte authentique. (Comp. Poitiers, 29 juill. 1851, Cornilleau, Dev., 1851, II, 567.)

Mais on ne devait pas non plus maintenir cette force

exécutoire à l'acte, contre lequel, dès avant l'achèvement de la procédure, s'élèvent de graves soupçons de faux.

En conséquence, s'agit-il d'un faux poursuivi par la voie criminelle, que notre texte appelle le faux principal?

L'exécution de l'acte sera suspendue par la mise en accusation. (Comp. art. 218, 231 du Code d'Instruct. crim.)

S'agit-il d'un faux poursuivi au civil, que notre texte appelle *l'inscription de faux faite incidemment*, d'accord avec le Code de Procédure, qui l'appelle *faux incident civil*, parce que, en effet, c'est presque toujours incidemment, au civil, que l'inscription de faux est formée contre une pièce, lorsqu'elle est produite au cours du procès? (Art. 214 et suiv.)

Alors, comme il n'y a pas, dans la procédure civile, de même que dans la procédure criminelle, un point d'arrêt précis, où la vraisemblance du faux se révèle avec un caractère déjà suffisant de gravité, c'est aux tribunaux que le législateur laisse le soin de suspendre provisoirement, suivant les circonstances, l'exécution de l'acte.

284. — Telle est la règle.

Mais, pourtant, supposons que l'acte, qui est produit comme authentique, n'ait pas même, de fait, en apparence, les caractères extérieurs de l'authenticité.

Nous ferons alors une exception, que la raison et le bon sens commandent; ou plutôt, ce ne sera pas une exception, puisque nous nous trouverons en dehors de la règle!

« Attendu, en Droit, dit la Cour suprême, que, d'après la disposition formelle de l'article 214 du Code de procédure, celui qui prétend qu'une pièce est fausse ou falsifiée, peut seulement, *s'il y échet*, être reçu à s'inscrire en faux incident civil; qu'ainsi ce n'est pas une obligation, que cette disposition impose aux juges, mais bien une faculté qu'elle leur accorde, et dont elle

soumet l'exercice à leur conscience et à leurs lumières ; — Que si la contexture, la forme et l'ensemble de la pièce présentent des vices tellement matériels, que sa fausseté ou sa falsification résulte évidemment de la simple inspection oculaire elle-même, les juges peuvent la déclarer fausse ou falsifiée, sans être astreints à subordonner leur conviction et leur jugement à l'inscription de faux.... » (23 août 1836, Boucaud, Dev., 1836, I, 740 ; comp. Cass., 18 août 1813, Sirey, 1814, I, 40; Cass., 20 févr. 1821, Sirey, 1822, II, 11 ; Cass., 12 janv. 1833, Dev., 1834, I, 798 ; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *inscription de faux*, § 1 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 368 ; Larombière, t. IV, art. 1319, n° 21.)

285. — III. Il nous reste à examiner la force obligatoire de l'acte authentique. (Comp. *supra*, n° 269.)

Par ces mots : *force obligatoire*, il faut entendre, avons-nous dit, l'effet que produit, au point de vue des droits ou des obligations qui peuvent en naître, la convention, que l'acte authentique renferme.

Or, il est évident que, à ce point de vue, aucune différence ne saurait exister entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé ; car, dans l'ordre de faits et de principes que nous abordons, il ne s'agit pas de la forme, mais du fond ; ce n'est plus une question de preuve ; c'est une question d'interprétation de l'effet des conventions.

C'est ce qui résulte textuellement de l'article 1320, qui assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique, quant à l'effet des énonciations, qui peuvent s'y rencontrer ; or, ce qui est vrai des énonciations, est également vrai des conventions. (Comp. l'article 1319 avec l'article 1322.)

La règle, à cet égard, règle commune aux actes sous seing privé et aux actes authentiques, est donc celle qui nous est déjà connue, et que l'article 1165 formule ainsi :

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties

« contractantes ; elles ne nuisent point au tiers ; et elles « ne lui profitent que dans le cas prévu par l'arti- « cle 1121. »

Voilà pourquoi nous avons remarqué la confusion, qui existe dans l'article 1319, où le législateur paraît appliquer à la force probante de l'acte une règle, qui n'est applicable qu'à sa force obligatoire.

La force probante ! elle existe non-seulement à l'égard des parties contractantes, et de leurs héritiers ou ayants cause, mais aussi à l'égard des tiers. (Comp. *supra*, n° 269.)

La force obligatoire, au contraire ! elle n'existe qu'à l'égard des parties contractantes et de leurs héritiers ou ayants cause, et non point à l'égard des tiers.

286. — Empressons-nous, toutefois, d'ajouter que c'est seulement au point de vue *du droit personnel*, qui en résulte, que les conventions n'ont point d'effet à l'encontre des tiers, d'après l'article 1165.

Il en est autrement *du droit réel*. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 45.)

« Le droit de propriété, dit la Cour de cassation, serait perpétuellement ébranlé, si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes, qui y auraient été parties, puisque de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers ». (Cass., 22 juin 1864, Lepère, Dev., 1864, I, 349; arrêt dont la doctrine nous paraît plus juridique que celle de l'arrêt du 21 janv. 1857, Volney, Dev., 1857, I, 296.)

C'est qu'il ne s'agit pas alors de créer une obligation personnelle et relative, à la charge d'un tiers, en vertu d'une convention à laquelle il est étranger.

Il s'agit de l'effet absolu du droit réel, dont l'existence, une fois légalement prouvée contre l'un, doit être tenue pour légalement prouvée contre tous.

Telle est la conséquence logique du droit réel, et de son caractère éminemment absolu.

C'est là ce qu'exige d'ailleurs l'intérêt social, au premier chef!

Aussi, est-ce une doctrine généralement admise que, en ce qui concerne *l'établissement de la propriété*, comme disent les notaires, l'acte, d'où elle procède, a la même force obligatoire à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties contractantes, et de leurs héritiers ou ayants cause.

Et voilà comment l'origine de la propriété peut être établie, même à l'encontre des tiers, par une convention de partage intervenue entre les cohéritiers ou communistes. (Arrêt précité du 22 juin 1864; comp. Aix, 1re espèce, 29 févr, 1872, Laugier; 2e espèce, 15 mars 1872, Chassinat, Dev., 1873, II, 49-51; Pau, 8 mai 1872, Comentron, Dev., 1873, II, 78; Pothier, *du Droit de propriété*, Part. II, ch. I, art. 3; Merlin, *Répert.*, v° *Revendication*, § II, n° 3; *Observations* de M. Naquet, Dev., 1873, II, 49-50; Bonnier, n° 508 *bis*; Laurent, *Principes de Droit civil*, t. VI, n° 159 et suiv.; rapport de M. le conseiller Connelly, et conclusions de M. l'avocat général Reverchon, à l'audience de la cour de Cassation du 17 déc. 1873, D., 1874, I, 145-147.)

287. — La règle que la convention, renfermée dans l'acte, a force obligatoire entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause, s'applique certainement à la disposition quelconque, qui fait l'objet direct et principal de cet acte.

Mais s'applique-t-elle aussi aux simples énonciations, qui peuvent s'y rencontrer?

Il serait permis de remarquer que cette question paraît bien être ici un hors-d'œuvre; car nous sommes dans la matière des Preuves; or, cette question y est étrangère; et elle aurait été mieux à sa place, dans la Section, que le législateur a consacrée à *l'Interprétation des conventions*. (Art. 1156 et suiv.)

Ce que l'on peut dire toutefois, c'est que l'énonciation, quand elle peut produire quelque effet, prend le caractère d'un aveu, dont le titre, qui la renferme, fournit alors la preuve.

Quoi qu'il en soit, c'est à cette place que les rédacteurs de notre Code, à l'exemple de Pothier, ont édicté l'article 1320, qui la décide.

Aux termes de cet article :

« L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait « foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé « qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait « un rapport direct à la disposition. Les énonciations « étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un « commencement de preuve. »

On voit que la même confusion, que nous avons signalée dans le premier alinéa de l'article 1319, se retrouve dans l'article 1320.

« L'acte, dit cet article, *fait foi*, entre les parties, même « de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs.... »

Mais il ne s'agit pas de la force probante de l'acte.

Il s'agit de sa force obligatoire.

La rédaction n'est donc pas correcte.

Aussi, est il advenu qu'un parti considérable dans la doctrine, qui n'a pas consenti à reconnaître cette incorrection, en a déduit, relativement aux tiers, des conséquences, qui sont, à notre avis, tout à fait inadmissibles.

C'est ce que nous espérons pouvoir démontrer.

Et, pour cela, il est nécessaire d'examiner successivement, en ce qui concerne les énonciations, que l'acte peut contenir :

a. Quel est leur effet, à l'égard des parties contractantes et de leurs héritiers ou ayants cause;

b. Quel est leur effet, à l'égard des tiers.

2[illegible]8. — *a*. Les simples énonciations sont généralement unilatérales; et c'est bien pourquoi elles n'apparaissent

pas avec le caractère des clauses contractuelles. C'est une mention, une déclaration quelconque, qui est faite incidemment, et que l'acte n'a pas pour but principal de constater.... *incidenter et propter aliud prolata*, disait Dumoulin.

Mention, déclaration, qui est faite par l'une des parties ou en son nom, sans que l'autre partie y réponde, pourrait-on dire, autrement que par son silence.

Dans quels cas ce silence, de sa part, peut-il être considéré comme une adhésion et un aveu?

Tel est le point à répondre.

Dumoulin, et, après lui, Pothier l'avaient résolu par une distinction judicieuse et prudente, qui se trouve reproduite dans notre article 1320.

De deux choses l'une :

Ou l'énonciation a un rapport direct à la disposition ou à la convention, qui fait l'objet principal de l'acte et que les parties ont eu précisément en vue.... *in quantum respicit vires et effectum actus principaliter gesti;*

Ou, au contraire, l'énonciation y est étrangère et ne s'y rattache par aucune corrélation logique. « ...*Seorsum a principali actu.* » (Dumoulin, *loc. su ra* cit. § 10.)

289. — Dans le premier cas, l'énonciation fait foi entre les parties, tout autant que la disposition principale.... *plene probat !*

C'est que, en effet, ce caractère de l'énonciation est tel alors, qu'il ne permet pas d'admettre qu'elle ait passé inaperçue et que l'autre partie n'y ait pas adhéré.

Ce qu'il faut craindre, sans doute, quand il s'agit de ces sortes d'énonciations, c'est que les effets, qu'on voudrait en faire résulter, ne soient le fruit de l'erreur ou de la surprise, parce que la partie, qui les a laissées passer sans protestation, et à laquelle maintenant on les oppose, n'y aurait pas suffisament arrêté son attention et aurait pu n'en pas comprendre toute la portée.

Mais cette crainte disparaît, lorsque l'énonciation ise

telle, en effet, par sa relation directe et intime avec le dispositif de l'acte, qu'elle devient véritablement une partie intégrante de la disposition ou de la convention, et qu'il est, dès lors, raisonnablement impossible que le sens et l'effet en aient échappé à l'attention de l'autre partie.

Voici un titre nouvel, passé en reconnaissance d'une rente perpétuelle, dans lequel il est dit : soit que les arrérages en ont été acquittés jusqu'à ce jour ; — soit que le capital primitif de la rente a été réduit par suite d'un remboursement partiel.

Est-ce que le créancier de cette rente pourrait bien, après cela, venir prétendre que les arrérages n'ont pas été payés ou que le capital n'a pas été réduit !

Évidemment non !

Si cette énonciation n'avait pas été exacte, il n'aurait certainement pas manqué de s'y opposer ; car son intérêt à s'y opposer était né et actuel ! (Comp. Pothier, n° 737 ; Bonnier, n° 509 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 371 ; Larombière, t. IV, art. 1320, n° 2.)

290. — Tout autre est le second cas !

L'énonciation alors, ne se rattachant, par aucun rapport direct, au fait juridique, qui forme l'objet principal de l'acte, a bien pu ne pas attirer l'attention de la partie, qui l'a laissée passer sans réserves au moment de la rédaction de cet acte, parce qu'elle n'en apercevait pas l'importance, et qu'elle n'avait à le contredire aucun intérêt né et actuel ; circonstance capitale, et qui est à prendre en grande considération en ces rencontres !

Vous me vendez un immeuble, qui vous appartient ; et dans l'acte de vente, il est énoncé que cet immeuble vous provient de la succession de Paul. C'est l'exemple, que donne Pothier d'une énonciation étrangère à l'objet principal de la convention ; et il ajoute, en effet, que cette énonciation, qui est là comme un hors-d'œuvre, ne fera pas preuve de ce fait. (N° 373.)

On peut voir un autre exemple, assez notable, d'une énonciation, qui a été considérée comme étrangère à la convention, dans une espèce, que la Cour de Paris a jugée le 17 avril 1834. (Gerfaud, D., 1834, I, 150.)

Ces énonciations donc ne font pas preuve.

Seulement, elles peuvent fournir, entre les parties, un commencement de preuve par écrit.... « *tunc enim, tale instrumentum non facit plenam fidem, sed solum præsumptionem.* » (Dumoulin, *loc. supra cit.*).

Et voilà aussi ce que décide l'article 1320.

291. — Dans quels cas l'énonciation devra t-elle être considérée comme ayant un rapport direct à la disposition ?

Et, dans quels cas, comme étant étrangère à cette disposition ?

C'est là évidemment une question de fait, dont la solution appartient à l'appréciation discrétionnaire des magistrats, comme la solution de toutes les questions de ce genre, qui se rattachent à l'interprétation des conventions. (Comp. le t. II de ce *Traité*, n°s 1 et suiv.; Cass., 4 mars 1834, Gerfaud, D., 1834, I, 150; Cass., 18 août 1840, Bourguignon, Dev., 1840, I, 785; Bonnier, n° 509.)

292. — *b.* Il nous reste à voir quel est, à l'égard des tiers, l'effet des simples énonciations contenues dans l'acte.

Ont-elles la force probante?

Nous répondons : oui!

Ont-elles la force obligatoire?

Nous répondons : non!

C'est-à-dire que nous appliquons aux tiers, en ce qui concerne les énonciations que l'acte peut contenir, la même doctrine que nous leur avons appliquée, en ce qui concerne la convention elle-même, ou plus généralement la disposition qu'il contient;

En admettant d'ailleurs aussi, à l'égard des tiers

comme à l'égard des parties, la distinction entre les énonciations, qui ont un rapport direct à la disposition principale et les énonciations, qui n'ont pas ce caractère.

Cette doctrine est, en effet, à notre avis, la seule juridique; et il nous paraît facile de le démontrer, malgré les contradictions, qu'elle a soulevées.

293. — Et d'abord, disons-nous, les simples énonciations font, à l'égard des tiers, la même foi, qu'à l'égard des parties et de leurs héritiers ou ayants cause.

Toullier (t. IV, n°s 157 et 161), et Duranton (t. XIII, n° 98), enseignent, toutefois, la solution contraire, à l'appui de laquelle on pourrait ajouter l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1857. (Volney, Dev., 1857, I, 296.)

Mais, encore bien que les savants auteurs, que nous venons de citer, invoquent, en ce sens, l'opinion de Pothier, nous ferons remarquer que leur solution est contraire à l'ancienne doctrine, telle que Dumoulin, qui en est le vrai fondateur, l'a formulée lui-même.

« Actus plene probat, *etiam in enuntiativis*, » disait le vigoureux logicien. (*Loc. supra*, cit. § 10.)

Et il avait, en effet, bien raison de le dire!

Nous avons remarqué que les énonciations sont, tout autant que la disposition principale de l'acte, à laquelle elles se réfèrent, constatées officiellement par le témoignage personnel de l'officier public. (Comp. *supra*, n° 278.)

Et, en conséquence, toutes les parties de l'acte, sans distinction, qu'elles soient dispositives ou énonciatives, doivent évidemment faire pleine foi *erga omnes*, jusqu'à inscription de faux.

On objecte l'article 1320, qui porte seulement que :

« L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait « foi *entre les parties*, même de ce qui n'y est exprimé « qu'en termes énonciatifs.... »

La réponse est facile !

L'article 1319 lui-même porte aussi seulement que :

« L'acte authentique fait pleine foi de la convention, « qu'il renferme, *entre les parties* contractantes, et leurs « héritiers ou ayants cause. »

Or, malgré cette rédaction, il est reconnu, et il le faut bien ! que l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, aussi bien à l'égard des tiers, qu'à l'égard des parties contractantes et de leurs héritiers ou ayants cause ;

Donc, il faut aussi, malgré la rédaction de l'article 1320, reconnaître qu'il en est, sous ce rapport, des énonciations comme de la convention.

C'est que, en effet, les termes de l'article 1320 portent, comme les termes de l'article 1319, la trace de cette confusion, que le législateur a faite, et que nous avons déjà signalée, entre la force probante et la force obligatoire de l'acte. (Comp. *supra*, n° 269; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 371 ; Marcadé, art. 1319, n° 11; Bonnier, n° 508.)

294. — Les conséquences, qui résulteraient de la doctrine contraire, suffiraient seules d'ailleurs pour la faire rejeter.

Comment! voici un acte, dans lequel le débiteur d'une rente perpétuelle passe une reconnaissance envers le créancier; et dans cet acte, il est énoncé, incidemment, soit que le montant primitif de la rente a été réduit par suite d'un remboursement partiel du capital, soit que les arrérages ont été payés intégralement jusqu'à ce jour; ce sont les exemples, que nous avons déjà proposés. (*Supra*, n° 289.)

Et il serait permis à un cessionnaire de la rente, ou à un créancier tiers-saisissant, de prétendre que cette énonciation ne fait pas preuve contre lui !

Une telle prétention serait intolérable !

Cette énonciation, qu'est-elle, en effet, autre chose,

qu'un aveu, une reconnaissance de l'une des parties envers l'autre?

Or, les parties peuvent bien, sans doute, passer, entre elles, des aveux, des reconnaissances, dont l'effet est de créer une libération de l'une au profit de l'autre.

Donc, l'énonciation, qui exprime cet aveu dans un acte authentique, doit faire pleine foi à l'égard des tiers comme à l'égard des parties.

Dans un acte authentique, disons-nous, dont la date est certaine, envers et contre tous!

Attaquez, si vous le pouvez, cette énonciation pour cause de fraude.

Soit! (Art. 1167.)

Mais ne prétendez pas *de plano*, qu'elle ne vous est pas opposable!

295. — Dans un acte de vente, que Paul a consenti à Pierre, il a pris la qualité d'héritier de Jules.

Et un créancier héréditaire de Jules, s'emparant de cette énonciation, vient lui dire : « Vous avez accepté la succession purement et simplement. » (Art. 778.)

Est-il fondé?

Nous le croyons; cette solution est la conséquence nécessaire du principe que nous venons de poser (comp. Amiens, 28 avril 1869, Lefranc, Dev., 1870, II, 154; Bonnier, n° 509; et notre *Traité des Successions*, t. II, n° 374).

296. — Voilà aussi pourquoi nous pensons, contrairement à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 21 janvier 1857 (*supra*, n° 293), que l'établissement même de la propriété peut résulter, à l'égard des tiers, d'une énonciation, qui l'établit et la constate par une relation directe avec l'objet principal de la disposition de l'acte (comp. *supra*, n° 286).

297. — Mais, quant à la force obligatoire, il est bien clair que les énonciations ne sauraient l'avoir à l'égard des tiers.

La convention elle-même ne l'a pas ! (*Supra*, n° 285.)

Comment la simple énonciation l'aurait-elle !

Les parties peuvent bien, entre elles, de l'une envers l'autre, créer des droits ou des obligations.

Mais il ne leur appartient pas de stipuler ou de promettre pour d'autres (art. 1119).

Il faut donc appliquer à l'énonciation, comme à la convention, l'article 1165, et conclure qu'elle ne peut ni profiter aux tiers, ni leur nuire.

298. — Elle ne peut pas leur profiter.

Si donc, par exemple, il est énoncé, dans l'acte de vente d'un immeuble, qu'il est provenu au vendeur de la succession de Paul, un tiers ne pourrait pas plus tard, en revendiquant cet immeuble comme faisant partie de la succession de Paul, se prévaloir, contre l'acheteur, de ce qu'il a souscrit l'acte, dans lequel se trouvait cette énonciation (comp. Bonnier, n° 509).

299. — Encore bien moins, les énonciations peuvent-elles nuire aux tiers !

Il est énoncé, dans l'acte de vente d'une maison, qu'il existe, au profit de cette maison, une servitude de vue ou de passage sur la cour du voisin.

Est-ce que les deux parties, qui figuraient à cet acte, et le vendeur et l'acheteur, pouvaient, de leur chef, constituer une servitude sur l'immeuble d'un autre ?

Apparemment non !

« On ne peut pas se faire des titres à soi-même, disait Pothier, » précisément sur l'espèce que nous venons de proposer (*Introduct. au tit. XIII de la Coutume d'Orléans*, n° 12).

300. — Cette règle est de toute évidence.

On y faisait, toutefois, dans notre ancienne jurisprudence, une exception notable par application de la célèbre maxime que Dumoulin formulait ainsi :

« *In antiquis enunciativa plene probant, etiam contra alios, et in præjudicium tertii....* » (*Loc. supra cit.* n° 76.)

Pothier admettait cette doctrine; en exigeant, suivant l'opinion commune de ce temps, que *les énonciations, s'il s'agissait d'un droit réel, fussent soutenues d'une longue possession* (*Traité des Obligations*, n° 740).

Quelle devait être la durée de cette longue possession?

Ce n'était pas là l'une des moindres difficultés de la matière; et les auteurs y étaient si peu d'accord, que leur divergence s'étendait depuis le *minimum* de dix ans jusques au *maximum* d'un siècle!

Ces difficultés n'existent plus aujourd'hui.

L'article 1320 pose une règle générale, qui ne comporte aucune exception de ce genre.

Et, quant à son application spéciale aux servitudes, nous avons remarqué ailleurs qu'il résulte des articles 691 et 695 que la preuve de l'existence des servitudes qui ne sont pas susceptibles de s'acquérir par la prescription, ne peut aujourd'hui résulter que d'un titre émané du propriétaire du fonds assujetti.

L'ancienne maxime, du reste, avait, dans notre ancien Droit, une raison d'être, qu'elle n'aurait plus dans notre Droit nouveau; elle y était un tempérament et un correctif de cette autre maxime coutumière, parfois très-rigoureuse dans son application : *Nulle servitude* SANS TITRE.

Or, cette maxime n'existe plus sous notre Code (article 690; comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 753; Duranton, t. XIII, n° 98; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 372; Bonnier, n° 510; Colmet de Santerre, t. V, n° 282 *bis*, XIV; Larombière, t. IV, art. 1320, n° 10; Teste, *Encyclop. du Droit*, v° *Actes anciens*).

301. — Toullier reconnaît aussi que les énonciations, qui tendraient à valider la constitution d'un droit émané *a non domino*, ne sauraient être opposées au propriétaire, au *dominus*, malgré l'ancienneté du titre et la longue possession.

Mais, du moins, voudrait-il que ces énonciations fissent preuve, même à l'égard des tiers, de l'âge et de la

parenté des personnes dénommées dans les actes (t. V, n° 166).

L'application, ainsi réduite, de l'ancienne maxime, pourrait paraître mieux justifiée et moins dangereuse. Cette maxime, en effet, n'était pas seulement fondée sur cet instinctif respect, que nous éprouvons pour tout ce que le temps a consacré; elle reposait principalement, sur cette considération, plus positive et plus pratique, que la défiance la plus soupçonneuse ne s'imagine guère que l'on prépare la fraude de si loin!

Et, toutefois, l'application restreinte que Toullier propose, ne nous paraîtrait elle-même admissible que dans les cas où la loi nouvelle autorise les juges à se déterminer par des présomptions (art. 1353); auquel cas, en effet, rien ne serait plus juridique et plus sage que de recourir aux actes anciens.

Mais on ne saurait aller au delà, ni concéder qu'une énonciation d'âge, ou de parenté, qui ne ferait pas preuve dans un acte récent, ferait preuve dans un acte ancien.

Cette proposition était, il est vrai, celle de Mascardus, qui disait :

« *In factis antiquis non requiri exactam et plenam probationem ut in novis et recentibus exigitur, sed leviores probationes sufficere.* » (*Concl.* 103, n° 12.)

Mais il serait impossible de l'admettre aujourd'hui.

Quelle pourrait en être la conséquence?

C'est que la preuve de la filiation, même naturelle, pourrait résulter d'indices puisés dans un acte de cette nature! (Comp. Bonnier, n° 510.) Conséquence certainement inadmissible.

Notre Code a tenu compte, dans une certaine mesure, de *l'ancienneté*, en ce qui concerne les titres (comp. articles 1335, 1336, 1337).

Il faut s'en tenir à ses dispositions spéciales.

302. — On disait aussi, dans notre ancien Droit :

« *In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta.* »

Cette seconde règle, qui se rattachait à la première, que nous venons de rappeler, avait été également formulée par Dumoulin, qui l'expliquait ainsi :

« *Facit præsumi solemnitatem requisitam intervenisse, quamvis non appareat.* » (*Loc. supra cit.*, n°s 75, 79.)

Faut-il l'admettre encore dans notre Droit?

Toullier semble répondre affirmativement (t. V, n° 163; comp. aussi Cass., 12 nov. 1828, comm. de Chemilly, D., 1829, I, 11; Teste, *Encyclop. du Droit*, v° *Actes anciens*, n° 6).

Cette réponse, toutefois, serait, à notre avis, trop absolue.

Il faut remarquer, en effet, qu'aucun texte de notre Code ne consacre cette maxime.

Et maintenant de deux choses l'une :

Ou il s'agit de formalités, dont la mention n'est pas exigée dans l'acte même; auquel cas, la présomption, en effet, doit être, jusques à preuve contraire, que ces formalités ont été observées; et nous admettons, sans difficulté, que cette présomption devra naturellement, en fait, paraître d'autant plus forte que l'acte sera plus ancien ;

Ou il s'agit de formalités, dont la mention est exigée dans l'acte; auquel cas, si cette mention ne s'y trouve pas, la preuve étant acquise, par l'acte même, que les formalités n'ont pas été remplies, on ne saurait admettre une simple présomption en sens contraire (comp. Bonnier, n° 511).

§ II.

Des contre-lettres.

SOMMAIRE.

303. — Exposition.
304. — Division.
305. — A. Qu'est-ce qu'une contre-lettre? — Et quel en est le caractère distinctif? — Définition.
306. — Suite. — Historique.
307. — Suite.

308. — Suite.
309. — Suite.
310. — Suite.
311. — Suite.
312. — Il ne faut pas confondre la contre-lettre avec la déclaration de command.
313. — Suite.
314. — Il ne faut pas non plus confondre la contre-lettre avec cette forme de mandat, connue sous la dénomination de *prête-nom*, par laquelle le mandataire promet ou stipule en son propre nom.
315. — Les contre-lettres peuvent être employées pour constater le caractère simulé d'une convention, soit que cette convention se trouve constatée par un acte authentique, soit qu'elle se trouve constatée par un acte sous signature privée.
316. — Exemples les plus notables et les plus usités de l'emploi des contre-lettres.
317. — Suite.
318. — B. En quelle forme, et à quel moment la contre-lettre peut-elle être faite? — La contre-lettre peut être faite, soit par acte sous-seing privé, soit par acte authentique.
319. — Suite.
320. — Suite.
321. — Suite.
322. — La contre-lettre peut être rédigée soit en même temps que l'acte ostensible, soit postérieurement. — Observation.
323. — Il n'est pas nécessaire que la contre-lettre soit rédigée par écrit.
324. — C. Quels sont les effets de la contre-lettre? — Division.
325. — I. De la contre-lettre, entre les parties contractantes. — Exposition.
326. — Les contre-lettres ont effet entre les parties contractantes, soit dans les matières civiles, soit dans les matières commerciales.
327. — La contre-lettre, étant valable entre les parties, comme tout autre convention obligatoire, doit, en effet, réunir toutes les conditions requises, d'après le Droit commun, pour la validité des conventions.
328. — Suite.
329. — Suite.
330. — Des contre-lettres, par lesquelles les parties augmentent, en fraude du Trésor public, le prix stipulé dans une vente ou dans un bail.
331. — Suite.
332. — Suite.
333. — Ces mots de l'article 1321 : *les parties contractantes*, comprennent évidemment leurs héritiers ou autres successeurs universels, qui les représentent.
334. — II. Quel est le sens du mot : *tiers*, dans l'article 1321?
335. — Suite.
336. — Le mot : *tiers*, comprend trois classes de personnes. — Exposition.
337. — *a*. Des acquéreurs.

338. — Suite.
339. — Suite.
340. — Suite.
341. — Suite.
342. — *b*. Des créanciers hypothécaires.
343. — De l'acquéreur d'un droit réel de servitude.
344. — *c*. Des créanciers chirographaires.
345. — Suite.
346. — Suite.
347. — L'article 1321 ne peut, toutefois, être invoqué par les tiers, qu'autant qu'ils ont ignoré la contre-lettre. — Explication.
348. — Les contre-lettres, qui ne peuvent être opposées aux tiers, peuvent-elles être invoquées par eux?
349. — Suite.

303. — L'article 1321 est ainsi conçu :

« Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre « les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre « les tiers. »

Voilà le seul texte, que nous ayons sur ce sujet ;

En y ajoutant :

D'une part, les articles 1396 et 1397, qui s'occupent d'un cas spécial ; à savoir : des changements ou contre-lettres, qui peuvent être apportés au contrat de mariage, avant la célébration du mariage ;

Et, d'autre part, l'article 40, spécial aussi, de la loi du 22 frimaire an VII (comp. la loi du 23 août 1871, art. 12 et 13 ; *infra*, n° 332).

304. — C'est bien peu pour un sujet de cette importance !

Nous avons à exposer les principes, qui le gouvernent.

Et, à cet effet, nous examinerons successivement les trois points que voici :

A. Qu'est-ce qu'une contre-lettre ; — et quel en est le caractère distinctif ;

B. En quelle forme ; — et à quel moment elle peut être faite ;

C. Quels en sont les effets.

305. — A. La contre-lettre est un acte secret, qui

annule ou modifie, en tout ou en partie, un autre acte ostensible; lequel est, par cela même, un acte simulé!

Telle est la contre-lettre proprement dite, qui est visée par l'article 1321, et qui doit être l'objet de notre étude (comp. *infra*, n° 307).

306. — Le nom, qu'elle a conservé, rappelle encore, dans notre Droit nouveau, la terminologie ancienne.

Anciennement on appelait *lettres* les actes publics. De là toutes ces appellations : lettres de rescision, lettres royaux, lettres patentes; et c'est ainsi qu'on disait au Châtelet : *donner lettre*, comme on dit de nos jours au Palais : *donner acte*.

Cette matière, d'ailleurs, n'offre pas, dans le passé, un plus grand nombre de monuments de doctrine ni de législation que dans le présent.

Nos anciens jurisconsultes ne s'en sont guère occupés, si ce n'est en ce qui concerne cette espèce particulière de contre-lettres, que nous venons de rappeler, et qui apporte des changements au contrat de mariage avant la célébration du mariage (comp. Pothier, *Traité de la Communauté*, n°s 13 et suiv.).

Telle était aussi seulement l'espèce de contre-lettres, que les Coutumes avaient en vue. (Paris, art. 258; Orléans, art 223.)

Pourtant, un arrêt du 3 mars 1663 avait interdit l'usage des contre-lettres, à peine de 10 000 livres d'amende, dans les contrats de fondation et de donation de monastères et de communautés.

Et deux arrêts de règlement, l'un du 7 décembre 1961, l'autre du 8 août 1714, les avaient formellement proscrites en matière de cession d'offices de tabellion, de procureur, etc.

Mais, à part ces dispositions prohibitives sur certains points spéciaux, il n'existait aucune disposition générale.

De sorte que, en cet état de la législation et de la doctrine, on peut mettre en question quelle était, sur cette

matière, la règle de notre ancien Droit, et si les contre-lettres avaient ou n'avaient pas effet contre les tiers.

Aussi, Merlin se borne-t-il à dire que *la justice les voyait toujours d'un œil défavorable.* (Répert. v° *Contre-lettre,* n°s 1 et 111; comp. Plasman, *Des Contre-lettres,* § I, p. 14 et suiv.; de Charencey, *Encyclop. du Droit,* v° Contre-lettre, n° 3.)

307. — La signification même du mot : *contre-lettre* paraît avoir été autrefois, et jusque dans les derniers temps, très-peu arrêtée ou plutôt très-incertaine.

Il importe d'autant plus de signaler cette incertitude qu'elle n'a peut-être pas disparu, et qu'elle est encore parfois la source d'une confusion, qui obscurcit très-mal à propos ce sujet.

Eh bien! donc, on désignait autrefois, sous le nom commun de contre-lettres, deux sortes d'actes très-différents :

1° Les actes clandestins, destinés à constater la simulation d'un acte ostensible, les vraies contre-lettres;

2° Les actes additionnels, sincères et sérieux, par lesquels les parties modifiaient ou expliquaient un acte, sincère et sérieux aussi, fait entre elles antérieurement.

Cette dernière catégorie d'actes recevait aussi, disons-nous, le nom de contre-lettres; Domat nous en offre un notable exemple :

« Si, dans un contrat de vente, disait-il, le vendeur s'oblige à garantir de toute éviction, et que, par une contre-lettre, l'acheteur consente que le vendeur ne demeure garant que de ses faits et promesses, la contrariété de ces deux circonstances n'aura pas l'effet d'anéantir l'une et l'autre; car on voit que l'intention des parties est que le contrat subsiste avec la condition réglée par la contre-lettre. » (*Lois civiles,* liv. III, tit. VI, sect. II, n°s 13 et 14.)

On peut trouver aussi un exemple de cette assimilation, ou plutôt de cette confusion, dans les travaux pré-

paratoires de notre Code. (Comp. Locré, *Législat, civ.*, t. XII, p, 214; et l'*Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, t. XII, p. 395.)

308. — Il est d'évidence pourtant que ces deux sortes d'actes ne sauraient être confondues, et que de profondes différences, au contraire, les séparent!

S'agit-il d'un acte additionnel, par lequel les parties changent ou modifient loyalement un acte antérieur, qu'elles ont fait?

C'est là un second acte, une seconde convention, qui change, en effet, ou modifie la première, en tant, bien entendu, que la première peut être changée ou modifiée, sauf les droits acquis, qu'elle a produits au profit des tiers.

Mais ce second acte est très-valable, tout aussi valable que le premier acte; car, apparemment, il n'est pas défendu aux parties, qui ont fait d'abord sincèrement un premier acte, de faire ensuite, sincèrement aussi, un second acte, qui modifie le premier; c'est la liberté même des conventions!

Et, en conséquence, le second acte aura son effet comme le premier, non-seulement à l'égard des parties contractantes, et de leurs ayants cause, mais aussi à l'égard des tiers.

Ce sera, suivant les cas, une revente, une rétrocession, une remise, une novation, etc.

Mais, dans tous les cas, le second acte, quel que soit son caractère, sera opposable aux ayants cause des parties et aux tiers.

J'avais vendu, par un premier acte, moyennant 10 000 fr., un ouvrage à un éditeur.

C'est l'exemple cité par M. de Charencey. (*Encyclop. du Droit*, v° *Contre-lettre*, n° 10.)

L'ouvrage ne réussit pas comme je l'avais espéré; et je consens ensuite, par un second acte avec mon éditeur, à réduire le prix à 8000 fr.

Est-ce là une contre-lettre, dans le sens technique de ce mot?

Non pas!

C'est une nouvelle convention, une convention de remise.

Certainement donc, mes créanciers seraient tenus de subir cette remise et ne pourraient pas demander au libraire les 10 000 francs stipulés par moi dans le premier acte.

Oh! sans doute, cette nouvelle convention, mes créanciers pourraient l'attaquer pour cause de fraude; comme ils pourraient attaquer toute convention qu'ils prétendraient avoir été faite par moi en fraude de leurs droits.

Ce serait alors l'application de l'article 1167; et ils seraient, en conséquence, tenus de prouver la fraude qu'ils allégueraient.

Ce ne serait pas l'application de l'article 1321;

A moins que la nouvelle convention ne constituât elle-même une contre-lettre, en donnant, pour l'avenir, à l'acte ostensible antérieurement fait, un caractère simulé qu'il n'avait pas à son origine, et qu'il n'aurait effectivement, en cas pareil, que pour l'avenir.

309. — Tout autre est la contre-lettre proprement dite!

Il n'y a point ici deux conventions successives et distinctes, dont l'une succède loyalement à l'autre.

Il n'y a qu'une seule convention, qui est le produit de la même pensée, c'est-à-dire d'une pensée de simulation, et très-souvent de fraude.

Le premier acte n'est pas sincère; et c'est précisément pour constater ce défaut de sincérité, que le second a été fait; voilà le lien qui les unit l'un à l'autre, et qui fait de ces deux actes un seul tout indivisible. (Comp. *infra*, n° 320.)

Et voilà aussi le danger des contre-lettres, à l'égard des tiers!

C'est que de ces deux actes, l'un est ostensible, et l'autre est secret.

Les tiers, ne voyant que l'acte ostensible, seraient exposés à tomber dans un véritable piége, si les parties pouvaient ensuite leur opposer cet acte secret, qui fait de l'acte public un acte simulé et menteur!

Or, c'est là ce que la bonne foi et l'intérêt public ne permettaient pas de tolérer;

Et ce qui explique par avance ce que nous allons voir, que la contre-lettre, à la différence de la convention additionnelle faite de bonne foi, n'a pas d'effet contre les tiers. (*infra*, n° 334; Plasman, § 11, p. 18 et suiv.)

310. — Dans quels cas un acte, qui se réfère à un autre acte, pour le changer ou le modifier en tout ou en partie, devra-t-il être considéré comme une contre-lettre, ou comme une seconde convention additionnelle?

Le plus ordinairement, en fait, les parties elles-mêmes s'expliquent à cet égard, et qualifient leur convention de son nom véritable.

Mais il se peut qu'elles ne l'aient qualifiée d'aucun nom, ni de contre-lettre ni autre, ou que le nom, qu'elles lui ont donné, ne soit pas exactement celui qui lui appartient.

Et, dans ce cas, c'est évidemment une question de fait, dont la solution appartient, comme celle de toutes les questions d'interprétation, à l'appréciation discrétionnaire des juges.

Il s'agit, en effet, d'apprécier, d'après les circonstances, dit très-bien M. Bonnier, si, dans l'intention des parties, les deux actes, c'est-à-dire les deux conventions, étaient destinés à se confondre, ou s'il y a eu un changement fait après coup de bonne foi. (n° 513; comp. de Charencey, *Encyclop. du Droit*, v° Contre lettre, n°s 10 et 12.)

311. — Voici un acte, par lequel l'un des codébiteurs solidaires d'un emprunt contracté par acte authentique, au nom de plusieurs, reconnaît que cet emprunt

ne concerne que lui seul, et prend l'engagement de l'acquitter intégralement, à la décharge de ses coobligés.

Cet acte fera-t-il foi contre les créanciers du débiteur de qui il émane? leur sera-t-il opposable?

Assurément oui!

Car il ne révèle aucune simulation dans le premier acte; ce qu'il fait seulement, c'est d'indiquer la manière dont la dette solidaire, une fois payée au créancier, devra être supportée par les codébiteurs; or, cette indication n'altère pas le caractère de l'acte antérieur; et rien ne s'oppose à ce qu'elle soit faite dans un acte postérieur et séparé. (art. 1214, 1216; comp. Douai, 1er mars 1851, Roy Vallez, Dev., 1851, II, 309.)

312. — Il est d'ailleurs certains actes, qui ne sauraient être confondus avec la contre-lettre, malgré quelques traits peut-être de ressemblance, qui paraissent les en rapprocher.

Telle est la *Déclaration de Command*, par laquelle celui qui se rend acquéreur, déclare qu'il se réserve de nommer ultérieurement, dans un certain délai, une personne qui prendra l'acquisition pour son propre compte.

Cette déclaration, faite ensuite, aura certainement effet envers et contre tous.

Comment pourrait-on prétendre qu'elle est une contre-lettre, puisque l'acte ostensible annonce lui-même cette réserve!

Il n'y a donc là aucun acte secret ni aucune simulation, dont les tiers puissent se plaindre. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 242; Bonnier, n° 524.)

313. — Il faut même déduire de cet exemple une règle d'une application plus générale.

Nous croyons, en effet, que l'article 1321 serait inapplicable dans tous les cas où la prétendue contre-lettre serait révélée par le titre ostensible lui-même; de sorte qu'elle serait, pour ainsi dire, inhérente à ce titre,

et qu'elle en affecterait, aux yeux de tous, le caractère. (Comp. Bonnier, n° 519.)

Il faut bien que tous prennent l'acte lui-même en son entier, *ut sonat*, avec les énonciations de la contre-lettre, qui en forment une partie intégrante et indivisible.

Il n'existe alors, pas plus que dans la Déclaration de Command, aucune simulation, au préjudice des tiers.

Voilà comment le tribunal civil de la Seine a, suivant nous, très-justement refusé d'autoriser la perception du droit de mutation, après décès, sur des valeurs au porteur, dont le possesseur reconnaissait un tiers propriétaire dans une contre-lettre, qui se trouvait confirmée par la déclaration faite sur l'enveloppe même, qui renfermait ces valeurs. (1er août 1868, P...., Dev. 1868, II, 289.)

314. — Telle est aussi cette forme particulière de mandat, par laquelle le mandataire stipule ou promet, en son propre nom, de manière à devenir seul, envers les tiers, créancier ou débiteur.

Le *prête-nom*, comme on l'appelle, devenant, en effet, à l'égard des tiers, le seul maître de l'affaire, les conventions particulières, qu'il peut avoir faites avec son mandant, leur sont étrangères; et elles ne peuvent pas plus être invoquées par eux qu'elles ne peuvent leur être oposées.

C'est avec le *prête-nom*, qu'ils ont fait leur convention.

La convention produit donc, entre eux et ce prête-nom, tous les effets qu'elle doit produire, sans que les tiers aient à s'occuper des rapports, qui peuvent exister entre le prête-nom et son mandant. (Comp. le tome I précité de ce *Traité*, n° 287; Cass. 24 mai 1862, Mayer-Nathan, Dev., 1863, II, 44; Cass. 28 janv. 1864, Richard, Dev. 1864, I, 105.)

315. — C'est le plus ordinairement pour constater le caractère simulé d'une convention portée dans un titre authentique, que les contre-lettres sont employées.

Et c'est là, sans doute, ce qui explique pourquoi les rédacteurs du Code se sont occupés des contre-lettres dans le paragraphe 1er de notre Section, qui est consacré *au titre authentique*.

Il est évident, toutefois, qu'elles peuvent être aussi employées pour constater le caractère simulé des conventions portées dans des actes sous signature privée; aucun obstacle, de droit ni de fait, ne s'y oppose (comp. l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII; Colmet de Santerre, t. V, n° 283 *bis*, I; de Charencey, *Encyclop. du Droit*, v° Contre-lettre, n° 18).

316. — La contre-lettre, telle que nous venons de l'exposer, émane donc d'une pensée de simulation; elle constitue un acte suspect et *clandestin*, comme l'appelait l'acte de notoriété du 2 juillet 1698; et elle n'est, en effet, que trop souvent au service de la fraude.

Tantôt, la contre-lettre a pour but de constater le véritable prix d'une vente, lorsque l'acheteur a consenti à payer un prix supérieur à celui qui est exprimé dans l'acte ostensible; c'est un des cas d'application les plus fréquents de cette espèce de fraude; à ce point que le législateur a cru qu'il était nécessaire d'y pourvoir par un texte spécial. (Comp. *infra*, nos 330-332.)

Tantôt, elle est destinée à constater que l'acte ostensible, qui contient une vente, n'est, en réalité, qu'une donation, qui est faite peut-être par une personne incapable de donner ou à une personne incapable de recevoir, ou qui excède la quotité disponible (art. 911-1100, 920).

Très-souvent, le but de la contre-lettre est de constater que l'acte ostensible, qui confère à l'acquéreur qui y est dénommé, la propriété irrévocable d'un certain bien, ne lui confère qu'une propriété apparente, et qu'il n'en est que le titulaire nominal, le prétendu vendeur demeurant le vrai titulaire.

Notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre,

en cite des exemples qui sont, en effet, très-usités. (T. V, n° 283 *bis*, II.)

C'est ainsi qu'on peut désirer paraître propriétaire d'actions d'une grande compagnie, de la Banque de France, par exemple, pour satisfaire aux statuts, qui exigent que les administrateurs de ces compagnies soient propriétaires d'un certain nombre d'actions. (Décret du 16 janv. 1808, sur la Banque de France, art. 41.)

On peut acheter aussi un fonds de commerce pour avoir du crédit, pour être éligible au tribunal de commerce; de même que, à l'inverse, certaines personnes à qui le commerce est interdit par des règlements professionnels, achètent un fonds de commerce sous le nom d'autrui; et l'acheteur reconnaît, par une contre-lettre, que le fonds de commerce n'est pas sa propriété. (Comp. art. 75 et 620 du Code de Commerce.)

Autant d'applications de la contre-lettre, autant de simulations, et il faut bien le dire, si on veut appeler les choses par leur nom, autant de fraudes, soit au préjudice de l'État, soit au préjudice du public et des tiers!

317. — Il n'est pas impossible pourtant que l'emploi de la contre-lettre n'ait, en soi, rien de précisément blâmable, même au point de vue de la morale.

C'est, par exemple, un père qui veut, par des motifs légitimes, comme il en existe parfois dans les familles, avantager l'un de ses enfants, sans dépasser la quotité disponible; mais, dans la crainte que cet avantage n'excite la jalousie des autres et ne trouble le bon accord de sa maison, il emploie l'expédient d'une contre-lettre pour dissimuler sa libéralité. Qui pourrait blâmer ce vœu du père de famille, et le moyen auquel il a recours pour l'accomplir! ce moyen, est-ce que la jurisprudence actuelle ne le justifie pas elle-même, en admettant la validité, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, des donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux!

(Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 96 et suiv.)

Il est vrai! et ce serait une morale très-rigoureuse, peut-être, que celle qui prétendrait confondre dans une même réprobation toutes les contre-lettres, quel qu'en puisse être le caractère.

Combien pourtant était noble et belle cette réponse de Pline le jeune, lorsqu'on lui proposait un arrangement de cette nature!

« *Respondebam non convenire moribus meis, aliud palam, aliud agere secreto.* » (L. V, litt. I; comp. Bonnier, n° 514.)

318. — B. Notre seconde question est de savoir en quelle forme et à quel moment la contre-lettre peut être faite. (*Supra*, n° 304.)

Aucun texte, dans notre Droit nouveau, ne détermine la forme de la contre-lettre; d'où il suit qu'elle peut être faite soit par acte sous seing privé, soit par acte authentique.

Il n'en était pas ainsi dans notre ancien Droit; l'authenticité avait paru autrefois répugner, en quelque sorte, à la nature de la contre-lettre; et, en conséquence, si la prétendue contre-lettre avait été faite par acte authentique, elle perdait son caractère propre; et elle avait, envers et contre tous, le même effet que les autres actes authentiques.

De notre temps encore, le Code italien (art. 1319) ne limite l'effet des contre-lettres qu'autant qu'elles sont faites par acte sous seing privé.

Tel n'est pas notre Code français.

Le plus ordinairement, sans doute, c'est dans un acte sous seing privé que les contre-lettres sont faites.

Mais rien ne s'oppose à ce qu'elles soient faites par des actes authentiques.

Rien en Droit; il n'existe aucun texte prohibitif.

Rien en raison ni en principe; un acte notarié peut

être aussi secret qu'un acte sous seing privé; on pourrait tromper les tiers par l'un tout autant que par l'autre; et la loi, qui veut protéger les tiers contre cette simulation, ne saurait admettre une distinction pareille. (Comp. Bonnier, n° 513; de Charencey, *Encyclop. du Droit*, v° *Contre-lettre*, n° 19.)

319. — En conséquence, lorsque la contre-lettre a été faite par acte sous seing privé, il n'y a pas à distinguer si elle a acquis ou si elle n'a pas acquis date certaine, d'après l'un des moyens indiqués dans l'article 1328, pour lui accorder des effets contre les tiers dans le premier cas, et les lui refuser dans le second.

Dans l'un comme dans l'autre cas, l'article 1321 est applicable.

C'est ce que la cour suprême a décidé, en cassant un arrêt de la cour de Paris, qui avait donné effet, contre les tiers, à une contre-lettre, en vertu de ce motif qu'elle avait acquis date certaine par la mort du signataire. (20 avril 1863, Zoubaloff, Dev., 1863, I, 230.)

320. — Quant à la forme, la contre-lettre est soumise aux mêmes conditions que les autres actes.

Et, par conséquent, lorsqu'elle est faite par acte sous signature privée, les articles 1325 et 1326 lui sont applicables. (Comp. Duranton, t. XIII, n°s 106, 107; Larombière, t. IV, art. 1321, n° 12.)

321. — Au reste, quelle que soit la forme de l'un et de l'autre acte, qu'ils soient tous les deux authentiques ou tous les deux sous seing privé, ou que l'un soit authentique et l'autre sous seing privé, leur sort est inséparable; et la nullité de l'un devrait généralement entraîner la nullité de l'autre acte corrélatif.

Il ne serait pas juste, dit M. de Charencey, qu'un individu pût se prévaloir de dispositions qu'il a reconnues n'être pas l'expression de la vérité. (*Encyclop. du Droit*, v° *Contre-lettre*, n° 13.)

C'est que ces deux actes ne forment, en effet,

qu'une seule convention indivisible. (Comp. *supra*, n° 309.)

322. — La contre-lettre est d'ordinaire redigée en même temps que l'acte qui renferme la convention, dont elle doit constater le caractère simulé.

Cette simultanéité matérielle n'en est pas toutefois une condition nécessaire; et rien ne s'oppose à ce que la contre-lettre soit faite après l'acte ostensible qui a été fait pour constater la convention.

Mais ce qui est toujours nécessaire, c'est la simultanéité intellectuelle des deux actes; il faut que la contre-lettre, si elle a été faite postérieurement, ait été, dans la volonté commune des parties, arrêtée en même temps que la convention. (Comp. Bonnier, n° 513; de Charencey, *loc. supra cit.*, n° 13; Colmet de Santerre, n° 283 *bis*, I.)

323. — De ce qui précède, il ne résulte pas que la contre-lettre doit être faite par écrit.

C'est ainsi, sans doute, qu'elle est ordinairement faite; son nom lui-même en témoigne; et la prudence commande de la faire ainsi.

Mais, à défaut de texte qui exige, en ce cas, l'écriture, on ne saurait déclarer nulle une contre-lettre qui aurait été consentie verbalement.

Seulement, la preuve n'en pourrait être admise que suivant les règles ordinaires du Droit commun. (Comp. de Charencey, *Encyclop. du Droit*, v° *Contre-lettre*, n° 20; Larombière, t. IV, art. 1321, n° 8.)

324. — C. Il nous reste à examiner quels sont les effets de la contre-lettre. (Comp. *supra*, n° 304.)

Ces effets doivent être examinés à un double point de vue :

I. Entre les parties contractantes;

II. A l'égard des tiers.

325. — I. D'après l'article 1321, la contre-lettre produit, entre les parties contractantes, les mêmes effets que toute autre convention.

Et il faut y appliquer l'article 1134, qui porte que :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de « loi à ceux qui les ont faites. »

Légalement formées? oui, telle est la contre-lettre *inter partes*, malgré son caractère généralement peu recommandable.

Le législateur a considéré qu'il y aurait, à déclarer nulles les contre-lettres entre les parties contractantes, plus d'inconvénients encore, et de plus graves, qu'à les déclarer valables.

Quid enim tam congruum est fidei humanæ, disait Ulpien, *quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare!* (L. I, princ. ff. *De Pactis*.)

La bonne foi est l'âme des conventions humaines.

Et le caractère de la contre-lettre n'est pas tel, qu'il soit possible que la loi autorise les signataires eux-mêmes à violer la foi promise.

326. — Les contre-lettres ont donc effet entre les parties;

Et cela, non-seulement dans les matières civiles, mais aussi dans les matières commerciales.

La Cour de cassation a fait une application notable de ce principe, en déclarant valable, entre les parties, une contre-lettre, qui modifiait les conditions, fixées par acte notarié, d'une société de commerce, malgré le principe particulier du Droit commercial, d'après lequel les sociétés non publiées sont nulles, même à l'égard des associés, *des intéressés*. (Art. 42 Cod. de Comm.; comp. Cass., 20 déc. 1852, Duchatel, Dev., 1853, I, 27.)

327. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que la contre-lettre n'ayant d'effet, entre les parties, que parce qu'elle forme une convention obligatoire, doit réunir toutes les conditions qui sont, en général, requises, d'après le Droit commun, pour la validité des conventions. (Art. 1108 et suiv.)

C'est l'observation que nous avons déjà faite, quant à la forme. (*Supra*, 320.)

Et cette observation est également vraie, quant au fond.

328. — C'est ainsi que la contre-lettre serait nulle, même entre les parties, si elle avait une cause illicite. (Art. 1131, 1133.)

Il y en a une application célèbre, que nous avons déjà citée.

On n'hésite pas, en effet, à déclarer nulle, entre les parties, la contre-lettre par laquelle le cessionnaire d'un office ministériel s'engage, envers le cédant, à lui payer un prix supérieur à la somme exprimée dans le traité apparent. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n°s 337 et 377.)

Cette application du principe est ancienne; et deux arrêts de règlement avaient, autrefois déjà, proscrit les contre-lettres en matière de cession d'offices de tabellion et de procureur. (*Supra*, n° 306.)

329. — Pareillement, il faudrait déclarer nulle, même entre les parties, toute contre-lettre, par laquelle elles auraient entrepris de soumettre à une condition quelconque de révocation, une convention qui serait, par sa nature, irrévocable, telle qu'une adoption.

« Attendu que toute contre-lettre ou convention secrète, par laquelle l'adoptant aurait stipulé la faculté de révoquer l'adoption, est illicite et radicalement nulle, et ne peut porter atteinte au caractère irrévocable du contrat d'adoption. » (Cass., 14 juin 1869, Néel, Dev., 1869, I, 371; comp. notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 85.)

330. — Faut-il appliquer la même solution aux contre-lettres, par lesquelles les parties augmentent, en fraude du trésor public, le prix stipulé dans une vente ou dans un bail?

Ces contre-lettres doivent-elles être déclarées nulles, même entre les parties contractantes?

L'affirmative était certaine avant la promulgation de l'article 1321 du Code civil, d'après l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII, qui déclarait, sans distinction, *nulle et de nul effet*, toute contre-lettre faite sous signature privée, qui aurait pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous signature privée précédemment enregistré.

Mais la question s'est élevée, après la promulgation du Code civil, de savoir si cet article a été abrogé par l'article 1321.

On a soutenu dans l'origine, Merlin notamment a soutenu, avec une grande force, la négative, et que l'article 40 de la loi du 22 frimaire était demeuré en vigueur, après la promulgation du Code civil :

1° La loi générale, postérieure, disait-on, n'abroge pas la loi spéciale, antérieure, lorsque celle-ci a pour objet une matière, en effet, spéciale ;

Or, tel est le caractère de la loi du 22 frimaire an VII, qui renferme des dispositions *sur l'enregistrement des actes;*

Donc, elle n'a pas été abrogée par la disposition générale de l'article 1321.

2° On ajoutait que la preuve en résulte de cet article lui-même.

L'article 1321, en effet, ne dit pas, en termes absolus, que les contre-lettres *ont effet entre les parties contractantes.*

Il dit *qu'elles n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.*

Rédaction très-différente, qui exprime plutôt le *maximum* que le *minimum* de l'effet, qu'elles peuvent produire ; d'où il ne résulte pas, dès lors, que les contre-lettres ont toujours nécessairement effet entre les parties contractantes, mais qui, en décrétant seulement le principe que les contre-lettres sont valables entre les parties, ne s'oppose pas à ce qu'elles soient nulles, même entre elles, dans certains cas.

3° Enfin, on invoquait l'intérêt suprême de l'État, qui exige que ces sortes de fraudes, si souvent pratiquées au préjudice du trésor public, soient énergiquement réprimées! (Comp. Bruxelles, 25 mars 1812, Sirey, 1813, II, 351; Metz, 17 févr. 1819, Sirey, 1819, II, 199; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Contre-lettre*, § 3; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Contre-lettre*, n° 12; Plasman, § 13.)

331. — Mais cette thèse n'a pas réussi, et elle ne pouvait pas réussir; car aucun des arguments qu'elle invoque, ne saurait la justifier. Aussi, faut-il tenir pour certain que l'article 1321 du Code civil a abrogé l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII :

1° Il est vrai, sans doute, que la loi générale postérieure n'abroge pas la loi spéciale antérieure, lorsque celle-ci décide une question, en effet, spéciale à la matière particulière qu'elle a pour objet.

Mais est-ce là ce que faisait l'article 40 de la loi de frimaire, en déclarant nulles et de nul effet les contre-lettres entre les parties contractantes?

Évidemment non!

L'article 40 ne renfermait pas, en ceci, une disposition fiscale; il renfermait une disposition de droit civil, sur la validité des conventions.

Quand la loi fiscale détermine les droits qui seront perçus, les bases et les modes de la perception, elle est dans ses limites; elle y est encore, quand elle imprime à ses dispositions les sanctions, qui leur sont, en effet, indispensables, en prononçant contre les contrevenants des peines, des amendes, ses vraies sanctions, à elle!

Mais la loi fiscale sortirait, au contraire, de ses limites, si elle statuait sur la validité ou sur la nullité d'une convention, qui relève du droit commun!

Or, voilà ce qu'avait fait l'article 40 de la loi de frimaire.

Et quand l'article 1321 est venu déclarer valable la

contre-lettre qu'elle avait déclarée nulle, ce n'est pas la loi civile, qui a empiété sur le domaine de la loi fiscale; la loi civile s'est bornée à faire cesser l'empiétement, que la loi fiscale elle-même avait commis sur le sien.

2° Le texte de l'article 1321 ne fournit, d'ailleurs, nullement à la doctrine contraire l'argument, qu'elle prétendait en tirer.

Si cet article dispose d'abord que *les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes*, c'est par opposition à la disposition, qui ajoute immédiatement *qu'elles n'ont point d'effet contre les tiers*.

De sorte que la seconde disposition de l'article fait, de suite, ressortir la généralité, qui appartient à la première.

Aucun doute, en effet, ne saurait s'élever sur la généralité de cette première disposition, en présence des travaux préparatoires.

Dans la discussion au Conseil d'État du projet de l'article 1321, M. Duchâtel, Directeur général de l'enregistrement, demanda « que l'on proscrivît, d'une manière absolue, l'usage des contre-lettres, qui tendent, disait-il, à déguiser les conventions, et d'où résultent des fraudes, souvent contre les particuliers et toujours contre le trésor public. »

Mais d'autres membres du conseil, et notamment M. Tronchet, répondirent « qu'il faut distinguer; qu'une contre-lettre doit être valable entre les parties et nulle contre les tiers; or, la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 214, 215.)

C'est après cette observation, que la proposition de M. Duchatel fut rejetée, et l'article 1321 rédigé tel qu'il est dans le Code (comp. l'*Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, Locré, t. XII, p. 395; Cass., 10 janv. 1819, Sirey, 1819, I, 151; Dijon, 9 juill. 1828, Sirey, 1833, I, 687; Aix, 21 févr. 1832, Dev. 1832, II, 263; Toullier, t. VI,

nos 186, 187; Duranton, t. XIII, n° 103; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 373, 374; Bonnier, n° 520; Colmet de Santerre, t. V, n° 283 *bis*, IX; Larombière, t. IV, art. 1321, n° 7).

332. — Un nouvel argument, non moins décisif, résulte, à l'appui de cette doctrine, de la loi du 23 août 1871, qui établit des augmentations d'impôt et des impôts nouveaux relatifs à l'enregistrement et au timbre.

Une tentative fut faite encore, lors de la discussion, pour obtenir que la loi prononçât, dans l'intérêt du trésor public, la nullité des contre-lettres portant augmentation, soit d'un prix de vente, soit de la soulte d'un échange ou d'un partage.

L'article 12 du projet était ainsi conçu :

« Le vendeur de biens immeubles et l'échangiste de la plus forte part n'ont aucune action en justice pour le payement de ce qui aurait été stipulé en sus du prix de vente ou de la soulte énoncé en l'acte. Toute somme payée par suite de stipulations de cette nature relatives à une transmission postérieure à la présente loi, est sujette à répétition.... »

Tel était aussi, et même encore plus sévère, le projet de la Commission.

Mais l'Assemblée nationale ne consentit pas à l'adopter; et l'article 12, par elle voté, substitue seulement à l'amende triple du droit sur les valeurs dissimulées, que prononçait la seconde partie de l'article 40 de la loi de frimaire, une amende égale au quart de la somme dissimulée dans le prix ou dans la soulte.

Quant à la nullité de la contre-lettre entre les parties contractantes, l'Assemblée nationale l'a écartée comme donnant une prime à la mauvaise foi.

C'était là, en effet, a très-bien dit l'honorable M. de Ventavon, *une disposition contraire aux principes du Droit et de la morale!* (Comp. Devilleneuve, *Lois annotées*, 1874, p. 124.)

333. — Il est bien entendu que ces mots de l'article 1321 : *les parties contractantes*, comprennent non-seulement ceux qui ont personnellement signé la contre-lettre, mais encore leurs héritiers ou autres successeurs universels, qui les représentent (art. 724, 873, 1009, 1013, etc.).

Le Code italien est, sous ce rapport, plus précis que le nôtre.

Il limite, par son article 1319, l'effet des contre-lettres aux parties contractantes et *à leurs successeurs à titre universel*, sans mentionner les *tiers*.

Notre article 1321 mentionne, au contraire, *des tiers;* et nous y arrivons.

334. — II. Le mot : *tiers*, quelque part qu'on le rencontre, a besoin d'être expliqué ; et l'explication n'en est pas toujours facile.

Il est certain, en effet, que ce mot n'a pas, dans l'article 1321, la même signification, que nous lui avons reconnue dans les articles 1165 et 1319, où il désigne les personnes, qui sont tout à fait étrangères aux relations, qu'une convention a produites entre les parties contractantes.

Que leur importe, à celles-là, que la convention soit ou ne soit pas simulée, et qu'il existe ou qu'il n'existe pas une contre-lettre !

La convention elle-même ne pouvant produire aucun effet ni pour elles, ni contre elles, il n'y a, de leur part, aucun intérêt à critiquer la contre-lettre; et les deux actes, celui qui est public et celui qui est secret, ne les concernent pas plus l'un que l'autre (comp. le t. II de ce *Traité*, n° 40).

335. — Tout au contraire ! les tiers, dont il s'agit dans l'article 1321 comme dans l'article 1328, sont les personnes qui ont eu des relations avec l'une ou l'autre des parties signataires de la contre-lettre, et qui sont, dans une certaine mesure, leurs ayants cause.

Et c'est précisément pourquoi elles ont intérêt à critiquer la contre-lettre et à demander que l'acte simulé produise, en ce qui les concerne, le même effet que s'il était sincère, et que si la contre-lettre n'existait pas.

Telle est, en effet, dans cette matière, la vraie signification du mot : *tiers*.

Nous ne pouvons mieux faire que de reproduire la définition, que la Cour suprême en a donnée :

« Attendu que les contre-lettres n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; *qu'à l'égard des tiers, c'est-à-dire de ceux qui ne les ont pas souscrites,* elles ne peuvent prévaloir sur les actes soit authentiques, soit sous seings privés, auxquels elles dérogent... » (20 avril 1863, Zoubaloff, Dev., 1864, I, 230).

336. — Or, le mot : *tiers*, ainsi défini, comprend trois classes de personnes :

a. — Les acquéreurs ;

b. — Les créanciers hypothécaires ;

c. — Les créanciers chirographaires.

337. — *a.* Voici un acte ostensible, qui porte que Primus a vendu son immeuble à Secundus.

Mais une contre-lettre, signée de Primus et de Secundus, porte que la prétendue vente est simulée et que Secundus n'est qu'une personne interposée, pour faire parvenir l'immeuble à un autre auquel Primus veut le transmettre.

En cet état, Secundus vend, comme s'il en était le vrai propriétaire, l'immeuble à Tertius.

Primus pourra-t-il ensuite opposer la contre-lettre à Tertius, l'acquéreur ?

Non ! sans doute.

C'est la première application, et la plus incontestable, de l'article 1321.

Cette application pourtant soulève deux objections :

L'une, qui pouvait être présentée sous l'empire du

Code civil, avant la loi du 23 mars 1855, sur la transcription;

L'autre, qui peut être présentée, depuis la loi du 23 mars 1855.

338. — Sous le Code civil, la propriété était transmise sans aucune publicité, même à l'égard des tiers, par le seul effet de la convention.

Primus, après avoir vendu sérieusement son immeuble à Secundus, le vend ensuite à Tertius; la vente faite à Secundus était opposable à Tertius, quoique celui-ci ne l'eût pas connue et n'eût aucun moyen de la connaître; or, pourrait-on dire, sous un tel régime, était-il logique de prononcer l'inefficacité des contre-lettres à l'égard des tiers? et puisqu'on ne les protégeait pas contre le danger des transmissions secrètes, y avait-il lieu de distinguer entre les transmissions sérieuses et les transmissions simulées?

Assurément oui!

En effet, la vente du même immeuble à deux acheteurs successifs est, ainsi que le dit M. Bonnier (n° 518), une fraude grossière, très-peu fréquente dans la pratique, et dont il n'y a eu que de rares exemples, dans l'intervalle même de 1804 à 1855; tandis que les contre-lettres sont très-usitées pour déguiser les conventions dans les cas nombreux, que nous avons indiqués. (*Supra*, n° 316.) Le danger pour les tiers est donc beaucoup plus grave de ce côté-ci que de l'autre; et il n'y avait pas dès lors contradiction entre la loi, qui déclarait nulles les contre-lettres à l'égard des tiers, et la loi, qui ne soumettait à aucun mode de publicité la transmission de la propriété immobilière.

Il existe, d'ailleurs, dans l'intérêt des tiers, pour qu'une transmission simulée n'ait pas d'effet contre eux, un moyen, qui n'existe pas contre une transmission sérieuse, lors même que l'une et l'autre auraient été tenues secrètes. Les tiers sont, en effet, bien fondés à opposer

son propre fait de simulation et souvent de fraude à celui qui veut se prévaloir de la contre-lettre, à leur préjudice;

Tandis que ce moyen, ils ne l'ont pas contre celui qui se prévaut, contre eux, d'une transmission sérieuse.

339. — Ce qui est plus vrai, c'est que, depuis la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, l'article 1321, qui dispose que les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers, a perdu beaucoup de son importance, en ce qui concerne la transmission des propriétés immobilières.

Très-vraisemblablement, en effet, l'acquéreur apparent aura toujours transcrit son titre, précisément pour obtenir l'apparence de la propriété; et, bien entendu, il n'aura pas transcrit la contre-lettre, qui aurait détruit cette apparence, en dénonçant la simulation de son titre!

Or, la contre-lettre, n'ayant pas été transcrite, ne pourra pas être opposée à ceux qui, sur la foi du titre transcrit, auront acquis des droits sur l'immeuble, et les auront conservés en se conformant aux lois. (Articles 1 et 3 de la loi du 23 mars 1855.)

Les tiers auront-ils besoin d'opposer l'article 1321, qui porte que les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers?

Nullement!

Ils n'auront qu'à opposer les articles 1 et 3 précités de la loi de 1855.

340. — Ajoutons, toutefois, deux observations :

La première, c'est que, même en ce qui concerne la transmission de la propriété immobilière, l'article 1321 conserve encore, depuis la loi du 23 mars 1855, un cas d'application très-important.

D'après cette loi, en effet, le défaut de transcription d'un titre translatif de propriété ou d'autre droit réel ne peut pas être opposé par les créanciers chirographaires, lesquels, en effet, *n'ont pas des droits sur l'immeuble* (Art. 3 de la loi du 23 mars 1855);

Tandis que les créanciers chirographaires peuvent invoquer l'article 1321, d'après lequel les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers. (Comp. *infra*, n° 344.)

341. — Notre seconde observation, c'est que, dans tous les cas, l'article 1321 conserve toute la portée de son application, en ce qui concerne la transmission de la propriété mobilière.

Primus, propriétaire d'un établissement commercial, l'a transmis, par un acte de vente apparent, à Secundus, pour que celui-ci l'exploite sous son nom, mais dans l'intérêt de Primus. Une contre-lettre constate que Secundus n'en est que le titulaire nominal et fictif.

Secundus, néanmoins, a vendu, comme lui appartenant, le fonds de commerce à Tertius, qui, sur la foi de son titre apparent, a cru qu'il en était le propriétaire.

Évidemment, Tertius pourra se prévaloir de cette vente contre Primus.

C'est l'application la plus directe de notre article 1321. (Comp. *supra*, n° 337.)

342 — *b*. Ce que nous venons de dire des acquéreurs, il le faut dire de même des créanciers hypothécaires.

Et si Secundus, l'acquéreur apparent de l'immeuble de Primus, l'a hypothéqué, en son nom, à Tertius, au lieu de le lui vendre, l'hypothèque sera valable, comme eût été valable la vente!

Nous ne pouvons, en ce qui concerne l'hypothèque, que nous référer à l'explication que nous venons de fournir, en ce qui concerne la vente.

343. — Il faut évidemment aussi appliquer à la constitution de tout autre droit réel, tel, par exemple, qu'une servitude, la solution, que nous appliquons aux droits de propriété ou d'hypothèque.

344 — *c*. Restent les créanciers chirographaires. (*Supra*, n° 336.)

Faut-il les considérer comme des tiers, d'après la signification de ce mot dans l'article 1321?

L'acte ostensible, par lequel Primus a vendu son immeuble à Secundus, porte que le prix est de 80 000 fr.; mais une contre-lettre porte, au contraire, que le prix est de 100.000 fr.

Ou l'acte ostensible porte que le prix a été payé comptant; mais une contre-lettre porte qu'il est encore dû.

Ou encore, l'acte ostensible porte que Primus a vendu à Secundus son immeuble, ou ses actions de la Banque de France, ou son fonds de commerce; mais une contre-lettre porte que cette vente est simulée, que Primus en est resté le vrai propriétaire, et que Secundus n'est que propriétaire apparent.

La contre-lettre sera-t-elle, dans ces différents cas, opposable aux créanciers chirographaires de Secundus?

Et Primus pourra-t-il soutenir contre eux :

Dans le premier cas, que le prix est de 100 000 fr. et non pas seulement de 80 000 fr.;

Dans le second cas, que le prix n'a pas été payé et qu'il est encore dû;

Dans le troisième cas, que c'est lui, Primus, et non pas Secundus, qui est le propriétaire de l'immeuble, des actions de la Banque ou du fonds de commerce; et que, par conséquent, ils ne peuvent pas le faire saisir et vendre pour obtenir, sur le prix, le payement de leurs créances contre Secundus ?

L'affirmative a été soutenue, par application du principe général que les créanciers chirographaires n'ont pas plus de droit que leur débiteur; qu'ils ont suivi sa foi, et que le gage, vague et indéterminé, qu'ils ont sur ses biens, ne leur confère aucun droit propre et indépendant du droit de leur débiteur, dont ils sont purement et simplement les ayants cause. (Art. 1166, 2093.)

Telle est la doctrine de M. de Charencey, qui enseigne que les tiers, dans le sens de l'article 1321, sont ceux dont l'action est indépendante, qui s'appuient sur un droit qui leur est propre, et qui procède de leur chef.

(*Encyclop. du Droit*, v° *Contre-lettre*, n°s 35, 37; Grenoble, 30 nov. 1829, Dev. 1830, II, 131, arrêt cassé *infra*.)

345. — Mais cette doctrine, qui a plusieurs fois entrepris de se faire reconnaître dans la jurisprudence, y a toujours échoué; et nous pensons que son insuccès était inévitable :

1° Il est vrai que, en règle générale, les créanciers chirographaires n'ont pas plus de droit que leur débiteur.

Mais précisément, nous sommes ici en présence d'une règle spéciale.

Les tiers, avons-nous dit, dans l'article 1321, sont ceux qui n'ont pas souscrit la contre-lettre. (*Supra*, n° 335.)

Or, cette définition, que nous maintenons absolument, s'applique aux créanciers chirographaires aussi bien qu'aux acquéreurs et aux créanciers hypothécaires.

Remarquons, en effet, que l'article 1321 n'exige pas que ceux, qu'il considère comme tiers, aient traité précisément en considération de l'acte ostensible, que la contre-lettre déclare simulé.

2° Et il a bien raison de ne pas l'exiger!

Quel est le but de l'article 1321 ?

C'est de garantir d'un dommage injuste ceux-là, tous ceux-là! que cet acte simulé pourrait induire en erreur.

Or, certainement, les créanciers chirographaires peuvent aussi être trompés par la fausse apparence de fortune ou de crédit, que cette simulation aurait mensongèrement créé à leur débiteur!

On leur objecte qu'ils ont suivi sa foi personnelle, qu'ils n'ont pas stipulé de garanties.

Mais c'est précisément pour cela qu'ils méritent que la loi leur subvienne; c'est parce qu'ils sont tombés dans le piége, que cette fausse apparence de propriété ou de crédit leur tendait!

3° Eh! qui donc prétend maintenant, contre eux, que la contre-lettre doit leur être opposable et leur nuire?

C'est celui-là même, qui a commis cette simulation, dont ils se plaignent et dont ils demandent à n'être pas les victimes!

Évidemment, la loi devait, comme elle l'a fait, le déclarer non recevable.

Concluons donc que les créanciers, même seulement chirographaires, sont des tiers, dans les termes de l'article 1321. (Comp. Cass., 25 juin 1835, D., 1835, I, 167; Paris, 29 avril 1837, Tandron, Dev., 1837, II, 245; Lyon, 21 juin 1837, Espitalier, Dev., 1837, II, 444; Cass., 16 déc. 1840, Rocher, Dev. 1841, I, 167; Cass., 20 avril 1863, Zoubaloff, Dev., 1863, I, 230; Toulouse, 28 mai 1874, Sans, D. 1875-2-63; Toullier, t. V, n° 182; Duranton, t. XIII, n° 164; Bonnier, n° 517; Larombière, t. IV, art. 1321, n° 9; Colmet de Santerre, t. V, n° 283 *bis*, VII.)

346. — On peut voir, dans plusieurs arrêts, l'application intéressante de ce principe à la masse des créanciers d'un failli, dans sa combinaison avec les principes particuliers, qui gouvernent la faillite. (Comp. Cass., 10 mars 1847, Bayvel, Dev., 1847, I, 616; Dijon, 13 juin 1864, Lachouille, Dev., 1864, II, 244; Bonnier, n° 517; de Charencey, *loc. supra cit.*, n°s 44, 45.)

347. — Il importe de faire une observation, qui est commune à tous ceux, que nous venons de considérer comme tiers, dans le sens de l'article 1321, et contre lesquels, en conséquence, les contre-lettres n'ont pas d'effet.

C'est que cette solution ne leur est applicable, qu'autant qu'ils ont ignoré la contre-lettre et qu'ils ont été trompés, ou du moins qu'ils ont pu être trompés par la simulation, que les parties qui l'ont souscrite ont commise.

Objectera-t-on que les termes de l'article 1351 sont généraux et ne distinguent pas?

Mais cette distinction résulte nécessairement du motif essentiel, sur lequel cet article est fondé.

Est-ce que les tiers ont pu être trompés par l'existence d'une contre-lettre, qu'ils connaissaient?

Comment! on les admettrait à opposer la nullité d'une contre-lettre, à l'exécution de laquelle, par exemple, ils auraient eux-mêmes concouru! (Comp. Lyon, 21 juin 1837, Espitalier, Dev. 1837, II, 444; Cass., 9 juin 1848, Charlet, Dev., 1848, I, 481; Cass., 20 avril 1863, Zoubaloff, Dev., 1863, I, 230; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 373; de Charencey, *Encyclop. du Droit*, v° *Contre-lettre*, n° 41; Larombière, t. IV, art. 1321, n° 10.)

348. — Ajoutons une dernière observation.

C'est que, d'après le texte même de l'article 1321, c'est seulement *contre les tiers*, que les contre-lettres n'ont pas d'effet.

D'où il suit qu'elles peuvent avoir effet *pour les tiers*, et que si elles ne peuvent pas leur *nuire*, elles peuvent leur *profiter*.

Les tiers, en effet, dont il s'agit dans l'article 1321, tel que nous venons de l'expliquer, sont véritablement les ayants cause des parties contractantes; tels, par exemple, que les créanciers de l'un des signataires de la contre-lettre;

Or, les créanciers sont fondés, aux termes de l'article 1166, à exercer les droits et actions de leur débiteur;

Donc, ils peuvent, en son nom, exercer les droits et actions, qui résultent, à son profit, de la contre-lettre, dans laquelle il a figuré.

Il n'y a, en effet, aucun motif pour excepter la contre-lettre de la règle posée par l'article 1166.

Et il ne serait pas juridique de rétorquer contre les tiers la disposition de l'article 1321, qui a été faite pour eux et non pas contre eux.

Voici les créanciers d'un vendeur, qui invoquent, contre l'acheteur, la contre-lettre par laquelle celui-ci s'est obligé à payer un supplément de prix, en outre du prix

porté dans l'acte ostensible; et ils lui demandent le payement de ce supplément.

Est-ce que l'acheteur pourrait se défendre contre une telle action, en opposant l'article 1321 à ces créanciers?

Évidemment non! (Comp. Paris, 2 germinal an XIII; Cass., 23 mai 1870, Brousse, Dev., 1871, I, 131; Serrigny, *Revue de Droit français*, 1846, p. 532; Plasman, § 4, p. 31 et suiv.; Bonnier, n° 519; Larombière, t. IV, art. 1321, n° 11.)

349. — C'est ainsi que la régie de l'enregistrement, après avoir perçu d'abord les droits, à l'occasion d'une vente constatée par un acte authentique, est elle-même fondée à invoquer la contre-lettre, par laquelle les parties ont déclaré que cette vente n'était pas sérieuse, pour percevoir de nouveaux droits, à l'occasion de la revente que cette contre-lettre opère, en ce qui la concerne.

« Attendu, dit la Cour suprême, que, au regard des tiers, et aussi de la régie de l'enregistrement, l'acte authentique du 25 décembre constituait une vente, à l'occasion de laquelle les droits ont été légalement perçus; — Attendu que cet état de choses n'a changé que par la révélation de la contre-lettre du 30, dont l'effet a été de faire rentrer, dans les mains du vendeur, les effets mobiliers par lui remis à un tiers; — Que, par conséquent, ce dernier acte, dit contre-lettre, ayant produit cette rétrocession, était passible des droits attachés à cette nature de contrat. » (20 juill. 1859, Chareton, Dev. 1859, I, 947.)

Cette application de notre principe est, en effet, très-juridique.

Et l'on pourrait ajouter qu'elle a quelque chose d'original et de piquant.

Cela pourrait s'appeler : être pris à son propre piége. (Comp. Cass., 25 oct. 1808, cité par M. Plasman, p. 86-87; Cass., 11 juill. 1814, Sirey, 1815, I, 248; de Charencey, *Encyclop. du Droit*, v° *Contre-lettre*, n°s 47-48; Bonnier, n° 519.)

§ III.

DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ.

SOMMAIRE.

350. — Définition de l'acte sous seing privé. — Observation.
351. — Division.

350. — L'acte sous seing privé est un écrit rédigé sans l'intervention d'un officier public, sous la seule signature des parties, à l'effet de constater la preuve d'une obligation ou d'une libération, ou de tout autre fait juridique ; c'est donc une preuve préconstituée ;

A la différence des simples *écritures* privées, qui n'ont pas été rédigées *ad hoc*, et que Benthain appelle, par ce motif, très-justement des preuves *casuelles*. (*Supra*, n° 225.)

Le législateur du Code s'en est aussi occupé ; et nous aurons à voir le degré de preuve qu'il y attache.

351. — Mais nous devons d'abord examiner les règles qui gouvernent l'acte sous seing privé proprement dit.

Et nous allons les exposer successivement :

A. En ce qui concerne ceux qui ont souscrit l'acte sous seing privé et leurs héritiers et ayants cause ;

B. En ce qui concerne les tiers.

A

DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ, EN CE QUI CONCERNE CEUX QUI L'ONT SOUSCRIT ET LEURS HÉRITIERS ET AYANTS CAUSE.

SOMMAIRE.

352. — Division.
353. — A. Exposition des règles générales sur la rédaction des actes sous seing privé ; — et sur leur force probante.
354. — Une condition est essentielle évidemment dans l'acte sous seing privé, c'est qu'il soit, en effet, signé des parties. — Explication.

355. — Suite.
356. — Suite.
357. — En quoi consiste la signature? — Renvoi.
358. — La signature peut être apposée à l'acte soit après sa rédaction, soit avant. — Des blancs seings.
359. — Suite.
360. — Suite.
361. — Suite.
362. — Suite.
363. — Il n'est pas nécessaire que l'acte sous seing privé soit écrit de la main de l'une des parties. — Il peut être écrit de la main d'un tiers.
364. — Suite.
365. — Faut-il que l'acte sous seing privé soit daté?
366. — Des renvois, surcharges, interlignes ou apostilles, qui peuvent se trouver dans un acte sous seing privé.
367. — Un acte sous seing privé peut-il être rédigé en langue étrangère ou en langue morte. — Peut-il être écrit au crayon?
367 *bis*. — La validité de l'acte sous seing privé est indépendante de l'observation des formalités du timbre et de l'enregistrement. — Observation.
368. — Quelle est la force probante de l'acte sous seing privé?
369. — Suite.
370. — Suite.
371. — Suite.
372. — Suite.
373. — Suite.
374. — Suite.
375. — Suite.
376. — Suite.
377. — Suite.
378. — Suite.
379. — Suite.
380. — Suite.
381. — Quelle est la force probante de l'acte sous seing privé, dont l'écriture et la signature sont reconnues ou tenues pour reconnues?
382. — Suite.
383. — B. Exposition des règles spéciales aux actes sous seing privés qui contiennent des conventions synallagmatiques. — Texte de l'article 1325. — Historique.
384. — Suite.
385. — Suite.
386. — Suite.
387. — Suite.
388. — Suite.
389. — Division.
390. — I. — *a*. Dans quels cas la formalité du double écrit doit être observée. — La règle est que cette formalité est applicable aux conventions synallagmatiques : à toutes celles-là, et rien qu'à celles-là.

391. — La formalité des doubles est-elle applicable aux souscriptions à des ouvrages de librairie?
392. — La formalité des doubles n'est pas applicable aux conventions synallagmatiques, que l'on appelle imparfaites. — Renvoi.
393. — Suite.
394. — L'article 1325 est-il applicable : 1° Aux simples reconnaissances de dettes?
395. — 2° Aux actes de cautionnement?
396. — 3° Aux arrêtés de comptes?
397. — 4° Aux promesses unilatérales de contrats synallagmatiques, et notamment aux promesses de ventes?
398. — Il peut arriver, d'une part, que l'article 1325 ne soit pas applicable, lors même que la convention, qui a eu lieu, serait, par sa nature, synallagmatique; et, d'autre part, qu'il soit applicable, lors même que la convention serait, par sa nature, unilatérale.
399. — Suite.
400. — Suite.
401. — Suite.
402. — Suite.
403. — L'acte sous seing privé, par lequel les parties révoquent ou résilient une convention synallagmatique, dans laquelle elles étaient engagées, est certainement soumis à l'application de l'article 1325.
404. — Mais cette solution comprend-elle les congés amiables donnés par le locataire au propriétaire, ou par le propriétaire au locataire?
405. — Suite.
406. — *b*. En quoi consiste la formalité du double écrit? — La loi y exige deux conditions.
407. — 1° Il faut que les actes soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.
408. — Suite.
409. — Suite.
410. — Suite.
411. — La loi n'exige pas que tous les originaux de l'acte sous seing privé soient écrits de la même main.
412. — Des différences de rédaction, qui peuvent se rencontrer dans les originaux.
413. — Faut-il que les signatures de toutes les parties se trouvent sur chacun des originaux, qui ont été faits de l'acte?
414. — Suite.
415. — 2° Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui ont été faits.
416. — Suite.
417. — Suite.
418. — Suite.
419. — Suite.
420. — Suite.
421. — II. Quel est l'effet de l'inaccomplissement de la formalité des doubles, telle que l'article 1325 l'exige? — Exposition.
422. — Trois systèmes sont en présence.

423. — Les deux premiers systèmes partent d'abord ensemble d'une commune prémisse. Mais ensuite ils se séparent profondément.

424. — *a.* D'après le premier système, la preuve de la convention peut être faite par tous les moyens; et l'acte sous seing privé non fait double peut servir de commencement de preuve par écrit, à l'effet de rendre admissibles la preuve testimoniale et les présomptions.

425. — *b.* D'après le second système, l'existence de la convention peut être établie par les moyens de preuve, pris en dehors de l'acte, et qui sont communs aux deux parties; mais non pas par des moyens puisés dans l'acte même; et, en conséquence, cet acte ne peut être admis comme un commencement de preuve par écrit.

426. — *c.* Le troisième système consiste à dire que, dans le cas où la formalité de l'article 1325 n'a pas été accomplie, l'existence de la convention ne peut être établie par aucun mode de preuve, si ce n'est pas celui-là seulement que réserve cet article, et qui résulte de l'exécution, que la convention aurait reçue.

427. — Suite.

428. — Suite.

429. — Suite.

430. — Suite.

431. — Suite.

432. — Suite.

433. — Suite. — Conclusion.

434. — Le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté, de sa part, la convention portée dans l'acte. — Explication.

435. — Suite.

436. — La nullité résultant de l'inaccomplissement de la formalité des doubles n'est couverte par l'exécution de la convention qu'à l'égard de celui des contractants, qui l'a exécutée.

437. — Suite.

438. — Suite. — De l'exécution partielle de la convention.

439. — Suite.

440. — L'inaccomplissement de la formalité des doubles peut-il être réparé par la notification faite, par l'une des parties à l'autre, de l'unique original, qui a été fait?

441. — Le dépôt fait du consentement de toutes les parties, entre les mains d'un notaire pour être placé au nombre de ses minutes, d'un acte sous seing privé nul pour inobservation de la formalité des doubles, en couvre-t-il la nullité?

442. — *Quid*, du dépôt de cet acte entre les mains d'un tiers non officier public?

443. — Que faut-il décider, dans le cas où le dépôt de l'unique original de l'acte a été fait, même dans l'étude d'un notaire, par l'une des parties ou par plusieurs d'entre elles, sous le concours et l'acquiescement des autres?

444. — Suite.

445. — Suite.

446. — C. Exposition des règles spéciales aux actes sous seing privé

par lesquels une seule partie s'engage, envers l'autre, à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable. — Exposition. — Historique.
447. — Suite.
448. — Division.
449. — I. En quoi consiste la formalité, que l'article 1326 exige.
450. — Suite.
451. — Suite.
452. — Suite.
453. — Suite.
454. — Suite.
455. — Suite.
456. — II. Dans quels cas la formalité établie par l'article 1326 doit-elle être remplie ? — Division.
457. — *a*. A quelles obligations l'article 1326 est-il applicable ? Cet article n'a en vue que les obligations unilatérales.
458. — Suite.
459. — Suite.
460. — Suite.
461. — Suite.
461 *bis*. — Suite.
462. — Suite.
463. — Suite.
464. — Suite. — L'article 1326 est-il applicable à une obligation qui a pour objet une valeur indéterminée ?
465. — Suite.
466. — L'article 1326 n'est pas applicable aux actes sous seing privé qui portent quittance.
467. — Observation générale sur la différence de rédaction de l'ancienne Déclaration de 1733 et de l'article 1326 du Code Napoléon.
468. — Il faut en conclure que l'article 1326 est applicable : 1° Aux arrêtés de compte.
469. — 2° Aux reconnaissances de dépôt.
470. — 3° Aux actes de constitution de rente.
471. — 4° Aux actes unilatéraux de cautionnement.
472. — La lettre de change est affranchie de l'application de l'article 1326, quel que soit le souscripteur, commerçant ou non commerçant.
473. — Suite.
474. — Que faut-il décider, de ce qui concerne les billets à ordre ou au porteur ?
475. — *b*. A quelles personnes l'article 1326 est-il applicable ? — La règle est que l'article 1326 est applicable à toutes les personnes qui souscrivent un acte sous seing privé, dans les conditions qu'il prévoit, moins celle-là seulement, qu'il déclare en excepter.
476. — Observation critique. — Réponse.
477. — Des marchands.
478. — Suite.
479. — Suite.
480. — Des artisans.
481. — Des laboureurs et des vignerons.

482. — Suite.
483. — Des gens de journée et de service.
484. — C'est à l'époque même, où l'acte a été fait, que l'on doit s'attacher, pour décider si le souscripteur se trouvait dans l'un des cas d'exception admis par la loi.
485. — La femme d'un marchand ne peut pas être, de plein droit, en sa seule qualité de femme d'un marchand, considérée elle-même comme marchande.
486. — Que faut-il décider, en ce qui concerne la femme d'un laboureur ou d'un vigneron?
487. — Des femmes des gens de journée ou de service?
488. — Comment la disposition de l'article 1326 serait-elle applicable, si un même billet était souscrit à la fois par plusieurs personnes, dont les unes se trouveraient dans la règle, et les autres dans l'exception?
489. — III. Quel est l'effet de l'inaccomplissement de la formalité du bon pour ou de l'approuvé, prescrite par l'article 1326?
490. — Exposition.
491. — *a.* L'obligation, qui est portée dans l'acte, est-elle indépendante de l'irrégularité ou de l'insuffisance de cet acte? et l'existence peut-elle en être établie par tous les modes légaux de preuve?
492. — *b.* L'acte, non revêtu du bon pour, peut-il être admis, à cet effet, comme un commencement de preuve par écrit?
493. — Suite.
494. — L'exécution totale de l'obligation portée dans le billet non revêtu de la formalité du bon pour couvre l'irrégularité qui en résulte.
495. — En est-il ainsi de l'exécution partielle?
496. — Du cas où il n'y a pas conformité entre le corps de l'acte et le bon pour, quant au chiffre de la somme ou de la quantité, qu'ils énoncent.
497. — Trois hypothèses peuvent se présenter. — Exposition.
498. — Suite.
499. — Suite.
500. — Suite.

352. — Trois points principaux seront ici l'objet de notre étude; savoir :

A. Les règles générales sur la rédaction des actes sous seing privé et sur leur force probante;

B. Les règles spéciales aux actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques;

C. Les règles spéciales aux actes sous seing privé, par lesquels une seule partie s'engage, envers l'autre, à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

353. — A. Il n'existe aucun texte, qui règle les condi-

tions de forme et de rédaction des actes sous seing-privé.

Les parties sont donc libres de les rédiger comme elles le jugent convenable, sans être tenues d'observer les formes qui sont prescrites pour la rédaction des actes authentiques.

Ces formes sont tout naturellement celles qui résultent du caractère de cet acte, telles que la prévoyance des parties elles-mêmes et les habitudes de la pratique les ont généralement consacrées.

354. — Une condition pourtant y est essentielle; et de celle-ci on peut dire qu'elle est législativement requise par la dénomination même que la loi donne à cet acte.

C'est la signature de la partie ou des parties contre lesquelles l'acte *sous seing* privé doit faire preuve :

La signature du débiteur, s'il s'agit d'une obligation;

La signature du créancier, s'il s'agit d'une libération.

Ce qui implique aussi que l'acte doit être remis aux mains de celle des parties à laquelle il doit servir de preuve. (Comp. Pothier, n° 749; arg. des art. 1282, 1283.)

355. — Cette condition de la signature, essentielle, disons-nous, n'a pourtant pas toujours été exigée.

« Il n'a pas toujours été d'usage en France, dit Merlin, de signer les actes; il a été un temps où les officiers publics eux-mêmes ne les signaient pas. » (Répert. v° *Signature*, § 1.)

Dans notre très-ancien Droit, en effet, à une époque où peu de personnes savaient écrire, on se contentait, au lieu de la signature, d'une marque quelconque, d'un sceau, d'un cachet, d'une croix.

Mais cette pratique avait cessé déjà depuis l'Ordonnance de 1667; et très-justement! car ces sortes de signes, ne constituant pas une écriture susceptible d'être reconnue, ne pouvaient, en vérité, servir ni de preuve, ni même de

commencement de preuve. (Comp. Cass. 10 thermidor, an XII; Bruxelles, 27 janv. 1807; Bonnier, n° 670.)

Il importe sans doute de favoriser et de faciliter la rédaction des actes sous seing privé, afin de ne pas réduire les citoyens à la nécessité de recourir à des actes authentiques pour constater des conventions ou des faits juridiques quelconques, très-souvent de peu d'importance.

Tel est bien, effectivement, le but des actes sous seing privé, et leur incontestable et très-usuelle utilité pratique.

Mais ce qui n'est pas moins important dans l'intérêt privé des parties elles-mêmes, aussi bien que dans l'intérêt public de la bonne administration de la justice, c'est que les actes sous seing privé auxquels elles ont recours offrent des garanties suffisantes de sincérité, et fournissent, en cas de dénégation ou de méconnaissance de l'écriture, des moyens possibles de vérification.

Rien donc aujourd'hui ne saurait remplacer la signature, ni sceau, ni cachet, ni croix;

Et cela, lors même que ces marques auraient été apposées, comme on le pratiquait aussi autrefois, en présence de deux ou trois témoins. (Comp. Bourges, 24 févr. 1832, Dev. 1832, 2-539; Cass., 8 nov. 1842, Mattei, Dev. 1843, 1-33.)

356. — Aussi, le prétendu acte, dépourvu de la signature de celui à qui on voudrait l'opposer, devrait-il être considéré, à son égard, comme non avenu; et il ne pourrait pas plus servir, contre lui, de commencement de preuve que de preuve. (Art. 1347; comp. Bruxelles, 27 janv. 1807, Sirey, 1807, II, 249; Colmar, 23 déc. 1809, Sirey, 1810, II, 268; Merlin, Répert. v° *Signature*, § 1, n° 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 375; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 1.)

357. — En quoi consiste la signature?

Nous avons déjà répondu, à l'occasion du testament

olographe, qui doit être signé de la main du testateur. (Art. 970.)

Les explications que nous avons fournies, à cette place, sont applicables dans tous les cas où il s'agit de savoir si un acte a été ou n'a pas été signé. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, nos 102-114; Bonnier, n° 670.)

358. — La signature, d'ailleurs, peut être apposée à l'acte soit après la rédaction (ce qui est le plus ordinaire), soit avant.

Dans ce dernier cas, la partie, qui signe d'avance, laisse en blanc un espace, qui doit être rempli par celui à qui elle confie ce *blanc seing;* tel est, en effet, le nom que ce papier, signé de la sorte, a dès longtemps reçu :

« Le blanc seing, disait Merlin, est une signature privée, au-dessus de laquelle on laisse plus ou moins de papier blanc, suivant l'acte auquel on veut que la signature corresponde. » (Répert. v° *Blanc seing.*)

Et il ajoutait que « c'est une question de savoir si des actes intervenus sur des blancs seings sont valables. »

Cette question a été, en effet, controversée dans l'ancien Droit, jusque dans le dernier siècle; et s'il existe des arrêts qui ont déclaré les blancs seings valables, il en existe aussi d'autres qui les ont déclaré nuls, lorsqu'ils n'avaient pas été ratifiés.

L'argument de ceux qui soutenaient le système de la nullité était tout naturellement déduit des dangers qu'il y aurait pour la société, à tolérer une faculté pareille, parce que, au lieu de remplir le blanc suivant l'intention de celui qui l'a donné, on pourrait souvent trahir sa confiance.

359. — Mais ce système ne saurait plus être soutenu aujourd'hui :

1° En effet, aucun texte de loi ne défend cette manière de contracter.

Or, en matière de contrats, la règle, c'est la liberté des parties.

Et cette règle doit d'autant plus être maintenue, en ce qui concerne les actes sous seing privé, que la loi, comme nous l'avons dit, n'en a elle-même nulle part réglé les formes, et s'en est, par conséquent, remise aux moyens et aux procédés, que les parties croiraient devoir employer.

2° Ce n'est pas, d'ailleurs, assez de dire qu'il n'existe pas de texte qui prohibe les blancs seings.

Il faut ajouter même qu'il existe un texte qui les autorise implicitement.

L'article 407 du Code pénal est, en effet, ainsi conçu :

« Quiconque, abusant d'un blanc seing, qui lui aura « été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une « obligation ou une décharge, ou tout autre acte pouvant « compromettre la personne ou la fortune du signataire, « sera puni des peines portées en l'article 405.

« Dans le cas où le blanc seing ne lui aurait pas été « confié, il sera poursuivi comme faussaire et puni comme « tel. »

Punir l'abus du blanc seing, c'est en reconnaître l'efficacité.

Aussi, la loi civile, d'accord avec la loi pénale, a-t-elle elle-même pourvu aux dangers que les blancs seings peuent plus particulièrement présenter dans certaines conentions. (Comp., art. 1326.)

Voilà la réponse aux objections que l'on déduit des dangers de cette pratique, et que nous ne voulons pas, certes, non plus méconnaître.

3° Remarquons enfin que la validité du blanc seing, au point de vue des principes du Droit civil, ne saurait être contestée.

Qu'est-ce donc qu'un blanc seing?

Un mandat, évidemment, que le signataire confie à la personne à laquelle il remet ce papier signé en blanc.

Or, le mandat est valable, sous quelque forme qu'il ait été donné, lorsque la loi ne l'a pas soumis à une forme spéciale (art. 1985; comp. Toullier, t. V, n° 565; Bonnier, n° 671; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 377.)

360. — Mais voici le signataire qui prétend qu'il a été fait un abus de son blanc seing et que les conventions, obligations ou déclarations qui s'y trouvent exprimées, ne sont pas celles qu'il avait donné mandat de consentir ou de passer.

Cette prétention soulève deux questions :

1° De quelle manière peut-il faire la preuve de cet abus?

2° Cette preuve, une fois faite, est-elle opposable aux tiers qui ont acquis des droits par suite de l'abus qui a été fait du blanc seing?

Nous répondons qu'il faut distinguer :

Ou l'abus du blanc seing a été commis par celui auquel il a été confié, ou par son ordre;

Ou il a été commis par un tiers qui a frauduleusement soustrait le blanc seing à celui auquel il avait été confié.

361. — Dans le premier cas, il s'agit *d'un abus de confiance,* que le mandant impute à son mandataire. (Art. 407, premier alinéa du Code pénal; *supra,* n° 359.)

Or, entre les parties, cette imputation, qui va contre le contenu à l'acte que le mandant a signé et qu'il a autorisé son mandataire à remplir, ne peut, d'après l'article 1341, être prouvée par témoins, s'il n'existe pas un commencement de preuve par écrit. (Comp. art. 1986; Cass. 5 avril 1864, Willig, Dev. 1864, I, 215.)

A l'égard des tiers, cette infidélité du mandataire, cet abus de confiance, n'empêche pas que le mandant soit obligé, d'après l'article 1998, qui porte que :

« Le mandant est tenu d'exécuter les engagements « contractés par le mandataire, conformément au pouvoir « qui lui a été donné. »

362. — Dans le second cas, au contraire, il s'agit d'un *faux*, qui n'est pas imputable au mandataire. (Comp. l'art. 407 précité, second alinéa.)

Or, la preuve de la soustraction frauduleuse du blanc seing et du crime de faux sont des faits, dont le signataire n'a pas pu se procurer une preuve par écrit, et dont, par conséquent, d'après l'article 1348, la preuve par témoins est admissible, même sans un commencement de preuve par écrit.

Et cette preuve une fois faite, les conventions passées par le porteur de l'acte avec les tiers, ceux-ci fussent-ils même de bonne foi, ne sauraient être opposées au signataire, puisque ces conventions procèdent, non pas d'un mandat qu'il aurait donné ni d'une faute qui lui serait imputable, mais d'un crime de faux, dont les conséquences doivent atteindre, juridiquement et équitablement, ceux au préjudice desquels, en effet, ce faux a été commis. (Comp. Grenoble, 24 juin 1829, Sirey, 1830-II-30; Cass., 2 juillet 1829, Sirey, 1829-I-259; Merlin, Répert., v° *Blanc Seing*, n° 11; Toullier, t. V, n°s 267-269; Bonnier, n° 672; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 377.)

363. — S'il faut que l'acte sous seing privé soit signé par la partie ou par les parties, qui s'obligent, de sorte qu'aucune déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer ne pourrait remplacer leur signature, il n'est pas toutefois nécessaire qu'il soit écrit de leur main.

Il peut donc être écrit par une autre personne.

« .... *Vel manu propria contrahentium*, a dit Justinien, *vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta....* » (Instit. *De emptione venditione*, principio);

Quelle que soit d'ailleurs cette autre personne, qui écrit l'acte.

Il est vrai que, dans notre ancien Droit, les Déclarations des 19 mars 1696 et 14 juillet 1699 avaient défendu aux notaires, procureurs, huissiers, sergents ou

autres, d'écrire ou de signer, comme témoins, aucun acte sous signature privée, à peine d'interdiction, de nullité desdits actes et de 200 livres d'amende.

Mais ces Déclarations ont été abrogées par les lois du 19 septembre 1790, du 22 frimaire an VII et du 25 ventôse an XI. (Comp. Cass., 30 novembre 1807, Sirey, 1808-I-85; avis du conseil d'État du 26 mars 1808, approuvé le 1er avril suivant.)

364. — Faut-il du moins qu'il soit, en ce cas, donné lecture de l'acte à la partie qui n'a fait que le signer, et qu'il soit fait mention de cette lecture?

Nullement.

Faut-il que l'acte porte *un bon ou approuvé l'écriture?*

Pas d'avantage, si ce n'est dans le cas spécial que l'article 1326 a prévu, et qui, par l'exception même qu'il y apporte, démontre que la règle générale est contraire.

Mais la partie ne savait que signer; elle ne savait pas ou elle ne pouvait pas lire; et l'acte ne constate même pas qu'il lui en ait été donné lecture.

Il n'importe!

Sa signature suffit à la validité de l'acte; sauf à elle, bien entendu, à prouver le dol ou la fraude. (Comp. Toullier, t. V, n° 262; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 4.)

365. — Aucun texte même n'exige que l'acte sous seing privé soit daté;

Si l'on excepte quelques dispositions spéciales, qui ne font elles-mêmes encore qu'attester que la règle générale est contraire. (Comp., art. 970, Code civ.; art. 110, 137, 188 et 332, Code de comm.)

L'acte sous seing privé est donc valable, lors même qu'il est sans date.... *sine die et Consule*, disait Scœvola. (L. 34, § 1, ff. *De pignor. et hypoth.*);

Sauf aux parties, en cas de contestation, à en établir

la date véritable; comme si, par exemple, l'une d'elles prétend qu'elle l'a souscrit en état d'incapacité.

Il est évident toutefois que la prudence et très-souvent la nécessité même des choses commandent d'y insérer la date, qui y est, en effet, dans la pratique, toujours insérée. (Comp. Toullier, t. V, n° 258; Duranton., t. XIII, n° 128; Bonnier, n° 670; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 1.)

366. — Les renvois ou apostilles peuvent valoir, quoiqu'ils ne soient ni signés, ni paraphés, ni approuvés par les parties.

De même que les surcharges, interlignes, ou additions dans le corps de l'acte, ne sont pas défendues à peine de nullité des mots surchargés, interlignés ou ajoutés.

C'est-à-dire que les dispositions des articles 15 et 16, de la loi du 25 ventôse an XI, sur les actes notariés, ne sont pas applicables aux actes sous seing privé. (Comp. *supra*, n° 353.)

Point de nullité donc, à raison de ces sortes d'accidents ou d'irrégularités de la rédaction. En droit, l'acte tel qu'il est, et comme il est, est valable en son entier.

C'est en fait seulement que la question peut s'élever de savoir si les renvois, apostilles, additions, surcharges ou interlignes font partie intégrante du corps de l'acte et doivent, en conséquence, obtenir la même foi que les autres clauses ou énonciations de cet acte.

La partie, qui a signé l'acte, a-t-elle signé aussi, a-t-elle aussi entendu signer les mots, qui forment ces renvois ou apostilles, etc.?

Telle est la question.

Or, il est évident, en effet, que la solution en est subordonnée à l'appréciation de l'espèce particulière, dont il s'agit, et notamment de l'aspect matériel de l'acte.

On peut, toutefois, sous cette réserve, la résoudre en thèse générale, par une distinction :

Les mots surchargés ou interlignés sont-ils de la main même de la partie à laquelle on les oppose? — Ou encore, s'il s'agit d'un acte fait double ou triple, les mêmes mots se trouvent-ils également dans les deux ou trois originaux?

On devra les considérer comme faisant partie intégrante de l'acte; car la présomption est naturelle alors en ce sens.

Tandis que la présomption serait, naturellement, en sens contraire, si les mots interlignés ou surchargés, les renvois et apostilles étaient d'une autre main que celle de la partie à laquelle on les oppose, ou si l'acte, étant fait double, ils ne se trouvaient que sur l'un des originaux. (Comp. Cass., 11 juin 1810, Sirey, 1810-I-289; Cass., 23 décembre 1828, Sirey, 1829-I-17; Bordeaux, 17 juin 1829, Sirey, 1829-II-331; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 377-378; Larombière, t. IV, art. 1325, n°s 2-3).

367. — Un acte sous seing privé peut-il être rédigé en langue étrangère?

Assurément oui!

De même qu'en langue morte aussi bien qu'en langue vivante, ou dans un idiome particulier de province, pourvu qu'il soit intelligible;

Aucune loi n'exigeant que ces sortes d'actes soient rédigés en langue française. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n°s 252 et 252 *bis*.)

Peut-il être écrit au crayon aussi bien qu'à l'encre?

Oui encore, sauf à examiner si l'acte qui serait écrit au crayon n'était, dans l'intention des parties, qu'un simple projet. (Comp. notre *Traité* précité, t. IV, n° 70; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 1.)

367 *bis*. — Est-il nécessaire enfin de rappeler que la

validité de l'acte sous seing privé est indépendante de l'observation des formalités du timbre et de l'enregistrement.

C'est là une règle incontestable! (Comp. *supra*, n° 331);

Sauf toutefois l'exception, que la loi du 5 juin 1850 y a faite, en ce qui concerne les effets de commerce, par son article 5, qui est ainsi conçu :

« Le porteur d'une lettre de change, non timbrée ou non visée pour timbre, conformément aux articles 1, 2 et 3, n'aura d'action, en cas de non-acceptation, que contre le tireur; en cas d'acceptation, il aura seulement action contre le tireur et contre l'accepteur, si ce dernier ne justifie pas qu'il y avait provision à l'échéance. Le porteur de tout autre effet sujet au timbre, et non timbré ou non visé pour timbre conformément aux mêmes articles, n'aura d'action que contre le souscripteur. Toutes stipulations contraires sont nulles. »

Ajoutons que *les obligations du donneur d'aval, se confondant avec celle du tireur lui-même, dont il est l'image et dont il garantit la solvabilité,* il reste, en effet, soumis, comme le tireur, à l'action, qui est réservée par l'article 5. (Cass., 11 février 1856, Soubiès, Dev., 1856-I-512; comp., Larombière, t. IV, art. 1325, n° 6.)

368. — Nous venons d'exposer les formes de l'acte sous seing privé.

Examinons maintenant quelle en est la force probante.

Aux termes de l'article 1322 :

« L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel « on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, en- « tre ceux qui l'ont souscrit, et leurs héritiers et ayants « cause, la même foi que l'acte authentique. »

Ce n'est donc pas l'acte sous seing privé, par lui-même et par lui seul, qui fait foi *de plano*.

C'est l'acte sous seing privé *reconnu* par ceux auxquels on l'oppose ou *légalement tenu pour reconnu*.

Il n'y a pas, en effet, ici, tout d'abord, comme dans

l'acte authentique, une apparence, et, par suite, une présomption de vérité, à laquelle on puisse ajouter foi.

Et si l'on objectait que l'acte sous seing privé constitue un aveu, une reconnaissance de la part de celui qui l'a souscrit, il est évident que l'on tournerait dans un cercle vicieux, en décidant la question par la question!

Car précisément, il s'agit de savoir quel est celui qui l'a souscrit, et si cette signature, dont la sincérité n'est pas attestée par un officier public, est bien celle de la partie à laquelle on l'attribue. (Comp. *supra*, n° 270.)

369. — Tel est donc le point, qu'il faut, en cas de dénégation ou de méconnaissance, résoudre préalablement.

Et voici la solution que notre Code consacre, conformément aux traditions de la pratique ancienne.

Article 1323 : « Celui, auquel on oppose un acte sous « seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer for- « mellement son écriture ou sa signature.

« Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de « déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la si- « gnature de leur auteur. »

Article 1324 : « Dans le cas où la partie désavoue son « écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héri- « tiers ou ayant scause déclarent ne la point connaître, la « vérification en est ordonnée en justice. »

La distinction, que l'article 1323 établit, est aussi naturelle que raisonnable.

L'acte sous seing privé est-il opposé à la partie, dont il porte, en apparence, la signature?

Elle est tenue de la reconnaître ou de la désavouer formellement; car elle ne peut ignorer sa propre signature! aussi, la simple *méconnaissance*, par la partie, de sa propre signature, n'équivaut-elle pas à *cette dénégation formelle*, que l'article 1323 exige, et qui seule oblige les juges, d'après l'article 1324, à statuer explicitement sur la sincérité de l'acte. (Comp. Cass., 9 décembre 1839, Drayer, Dev., 1840-I-30.)

L'acte sous seing privé est-il, au contraire, opposé aux héritiers ou ayants cause du prétendu signataire, ou à des tiers?

Ils peuvent se borner à déclarer qu'ils ne connaissent pas cette signature ou cette écriture, qu'il est, en effet, possible qu'ils ignorent.

370. — Quand nous disons que l'acte sous seing privé n'a de force probante qu'autant que l'écriture ou la signature en est préalablement reconnue par celui auquel on l'oppose, ou tenue pour reconnue contre lui, ce n'est pas pourtant que nous entendions qu'il soit nécessaire que la partie, qui veut se prévaloir d'un tel acte, en demande, préalablement, par des conclusions formelles, dans son ajournement, la reconnaissance ou la vérification.

Il suffit que l'acte soit notifié ou opposé à la partie adverse, soit par la copie de cet acte en tête de l'exploit, soit par une communication dans le cours de l'instance.

Il est évident, en effet, que cette partie se trouve ainsi mise en demeure de le dénier ou de le reconnaître, et que son silence à cet égard équivaut à une reconnaissance.

A plus forte raison, l'acte doit-il être tenu pour reconnu dans le cas où la partie, à laquelle il est opposé, présente un système de défense, qui implique son aveu et sa reconnaissance, comme si, par exemple, elle demande un délai ou discute l'étendue de l'obligation, que cet acte met à sa charge.

Nous devons rappeler toutefois que, dans notre ancienne jurisprudence, d'après l'Édit de décembre 1684, le porteur d'un acte sous seing privé ne pouvait obtenir de condamnation qu'il n'eût préalablement formé une demande en reconnaissance d'écriture.

Mais déjà, dès ce temps, d'après la Déclaration de mai 1703, cette demande préalable en reconnaissance d'écriture n'était pas nécessaire, quant aux effet de com-

merce; et le porteur pouvait assigner, *de plano,* le souscripteur en payement.

Tel est aujourd'hui le droit commun, dans les matières civiles aussi bien que dans les matières commerciales.

Aucun texte de notre Droit nouveau n'a reproduit la disposition de l'Édit de 1684, qui se trouve, en conséquence, abrogé par la loi du 25 ventôse an XI, sur la réunion, en un seul Code, de toutes les lois qui composent le Code civil.

Et, au point de vue de la logique scientifique et de l'utilité pratique, il n'y avait pas lieu, en effet, de la maintenir. A quoi bon une procédure, qui peut être inutile si, comme il arrive le plus souvent, la partie à laquelle l'acte est opposé n'en dénie pas ou n'en méconnaît pas l'écriture ou la signature! (Comp. Cass., 24 juin 1806, Sirey, 1807-II-770; Cass., 7 janvier 1814, Sirey, 1814-I-138; Cass., 27 août 1835, Dev., 1835-1-584; Toullier, t. VIII, n° 229; Duranton, qui avait d'abord enseigné la doctrine contraire, dans son *Traité des Contrats,* t. XIII, n°s 113-114; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 396; Larombière, t. IV, art. 1323-1324, n° 7.)

371. — Mais aussi, en cas de négation formelle ou de simple méconnaissance de l'écriture ou de la signature d'un acte sous seing privé, les juges sont tenus, préalablement à toute condamnation, d'en ordonner, même d'office, la vérification.

C'est, en effet, la sincérité reconnue de l'écriture et de la signature, qui seule peut faire la force probante de l'acte sous seing-privé. (Comp., Cass., 10 juill. 1816, Sirey, 1816, I, 334; Cass., 15 juill. 1834, Sirey, 1834, I, 649; Cass., 6 févr. 1837, Loudun, Dev. 1837, I, 201.)

372. — Ce n'est pas à dire, toutefois, que les juges soient, dans tous les cas, tenus d'ordonner la vérification de l'écriture ou de la signature, suivant les formes dé-

terminées à cet effet par le Code de procédure civile, par titres, par experts ou par témoins. (Art. 193 et suiv.)

Il faut tenir, au contraire, pour certain que, lorsqu'ils trouvent, dans la cause, des éléments suffisants pour décider, d'ores et déjà, la contestation, ils peuvent, sans ordonner aucune autre mesure d'instruction, soit admettre l'acte comme sincère, soit le rejeter comme faux.

Cette doctrine a été, il est vrai, contestée; on a prétendu que les termes impératifs de l'article 1324 : « .... *la « vérification en est ordonnée en justice...* » ne laissaient pas, en cas pareil, aux juges un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, et que la vérification, dans toutes les formes tracées par le Code de procédure, devait toujours avoir lieu, lorsque l'écriture ou la signature de l'acte sous seing privé était formellement déniée ou méconnue. (Comp. Rauter, *Procéd. civ.*, 198.)

Mais un tel système ne serait pas plus conforme aux textes mêmes de la loi qu'aux principes du droit et à la raison :

1° D'une part, en effet, ce qu'il pourrait y avoir d'équivoque dans les termes précités de l'article 1324 du Code Napoléon est parfaitement éclairé par les textes du Code de procédure, soit par l'article 195, qui porte que *la vérification en pourra être ordonnée*, soit par l'article 196, qui porte que *le jugement qui* AUTORISERA la vérification ordonnera qu'elle sera faite.....

L'article 323 surtout n'est-il pas décisif?

« Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des « experts, si leur conviction s'y oppose. »

Concevrait-on, après cela, que les juges, lorsque leur conviction est déjà formée, fussent tenus d'ordonner une expertise, dont ils seraient, dès à présent, décidés à ne pas tenir compte!

C'est que, en effet, le juge est lui-même, de droit, le premier expert, l'expert supérieur à tous les autres.

2° En principe, et en raison d'ailleurs, cette doctrine est la seule qui puisse être admise.

Les mesures d'instruction ne sont, en général, requises que pour éclairer la religion et la conscience du magistrat; et, par conséquent, il lui appartient de n'y point recourir, et de ne pas induire les parties dans des lenteurs et des frais inutiles, lorsque sa conviction est dès à présent formée.

Comment! l'inspection même de l'état matériel de l'acte, les explications des parties, toutes les circonstances enfin de la cause démontrent complétement aux juges, soit que l'écriture ou la signature déniée ou méconnue est sincère, soit qu'elle est fausse.

Et néanmoins, malgré tout, et quand même! il faudrait qu'ils ordonnassent une vérification suivant toutes les formes tracées par le Code de procédure; lors même que la dénégation et la méconnaissance seraient évidemment d'une mauvaise foi insigne! ou lors même que la falsification serait tellement grossière, qu'elle apparaîtrait toute seule à première vue! (Comp., *supra*, n° 233; Cass., 9 fév. 1830, Dev., 1830, I, 235; Cass., 23 août 1836, Boucaud, Dev. 84, I, 740; Cass. 14 mars 1837, Goublin; et 24 mai 1837, Roche, Dev. 1837, I, 199 et 519; Cass., 9 déc. 1840, Drayer, Dev. 1840, I, 30; Cass. 14 juin 1843, Manceaux, Dev. 1843, I, 685; Cass., 3 juill. 1850, de Cirecourt, Dev. 1850, I, 705; Boucenne, Procéd. civ. t, III. p. 486; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 397; Larombière, t. IV, art. 1323-1324, n° 10; Bonnier, n° 715; *Observations* de l'arrêtiste, Dev. 1837, I, 199.)

575. — Est-il nécessaire de remarquer que la règle, qui précède, est applicable, non-seulemunt dans le cas où l'acte sous seing privé est dénié ou méconnu en entier, mais aussi dans le cas où la dénégation ou la méconnaissance ne porte que sur une partie de l'acte, que celui, auquel on l'oppose, prétend avoir été altérée ou falsifiée?

Cela est en effet d'évidence! (Comp. art. 200 *in fine*,

Cod. de procéd.; Cass., 4 févr. 1836, Champ communal, Dev., 1836, I, 81.)

374. — Nous n'avons pas à exposer ici les formes de la demande en reconnaissance ou en vérification de l'écriture ou de la signature d'un acte sous seing privé; c'est dans le Code de procédure que le législateur les a tracées. (Art. 193 et suiv.)

Bornons-nous à rappeler que cette demande peut être principale ou incidente.

Elle est principale, lorsque le demandeur, sans former, quant à présent, une demande en condamnation, conclut seulement à la reconnaissance de l'acte sous seing privé, qu'il produit.

Elle est incidente, lorsque le demandeur la forme à l'occasion d'une demande en condamnation fondée sur un acte, ou dans le cours de toute autre instance.

375. — La demande principale en reconnaissance ou en vérification d'écriture est considérée, dans notre droit, comme une mesure conservatoire, qui présente même un caractère d'urgence, en raison des difficultés plus grandes d'instruction et de preuve, qui pourraient résulter de retards plus ou moins prolongés.

Aussi, n'est-elle pas soumise au préliminaire de conciliation. (Code de procéd., art. 49, 7°.)

Et c'est aussi pourquoi le demandeur peut, sans permission du juge, faire assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu. (Art. 193; Comp. art. 72.)

376. — Voilà également ce qui explique comment elle peut être formée, même avant l'échéance et l'exigibilité de l'obligation. (Comp., loi du 3 septembre 1807, art. 1.)

Nous avons déjà exposé ailleurs ce droit du porteur d'un acte sous seing privé, et les observations critiques qu'il nous paraît pouvoir soulever. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 616.)

377. — Si le défendeur comparaît, il faut, aux termes

de l'article 1323, qu'il dénie formellement son écriture, si elle lui est attribuée à lui-même, ou qu'il déclare ne la point connaître, si elle est attribuée à son auteur.

« Si le défendeur reconnaît l'écrit, le jugement en don-
« nera acte au demandeur. »

Il n'y a pas lieu d'ailleurs, dans une telle instance, introduite principalement ou plutôt uniquement aux fins d'une vérification d'écriture, de proposer des moyens de fond, pas même le moyen déduit de la prescription de l'acte produit. (Comp. Riom, 2 mars 1830, Chazelle, D., 1833, II, 129.)

378. — Le défendeur ne comparaît-il pas?

Aux termes de l'article 194 du Code de procédure :

« ..... il sera donné défaut; *et l'écrit sera tenu pour*
« *reconnu.* »

Dérogation notable à la règle posée dans l'article 150, qui porte que les conclusions de la partie, qui requiert le défaut contre son adversaire, seront adjugées, *si elles se trouvent justes et bien vérifiées.* (Comp. aussi la rédaction toute différente de l'article 352.)

C'est que la production d'un écrit, attribué directement à une personne, est déjà, par elle-même, une circonstance grave; et quand le silence de l'adversaire, mis en demeure de dénier ou de méconnaître, vient s'y joindre, le législateur nouveau a considéré, comme le législateur ancien de 1684, qu'il y avait lieu, dès lors, de présumer la sincérité de l'écrit;

Sauf, d'ailleurs, bien entendu, le droit d'opposition.

Et nous pensons aussi, avec notre savant collègue, M. Bonnier, que la disposition de l'article 194 n'est pas tellement absolue, que le juge ne puisse et ne doive s'en écarter, lorsqu'il s'agit d'un incapable que le silence de ses représentants ne doit pas compromettre. (N° 714.)

379. — Il est bien entendu que les règles, qui précèdent, ne sont applicables que dans l'hypothèse où nous nous sommes placé pour les présenter; à savoir : dans

l'hypothèse d'une demande en reconnaissance ou en vérification formée principalement, sans que le demandeur y ait joint une demande en condamnation. (*Supra*, n° 374.)

Ces règles cesseraient, au contraire, d'être applicables dans l'hypothèse où le demandeur, quoique formant une action principale en reconnaissance ou en vérification, y aurait joint des conclusions formelles en payement et en condamnation.

Une telle demande, en effet, ne serait pas une simple action en reconnaissance ou en vérification d'écriture; elle formerait, en même temps, une action principale en payement.

D'où il suit :

1° Qu'elle serait soumise au préliminaire de conciliation (art. 48, Code de procéd.);

2° Qu'elle serait également soumise aux délais ordinaires d'ajournement (art. 72);

3° Que les conclusions du demandeur, en cas de défaut du défendeur, ne pourraient être adjugées que si elles se trouvaient justes et bien vérifiées (art. 150.)

380. — Ajoutons que, dans le cas où la partie à laquelle on oppose un acte sous seing privé, dont elle reconnaît la signature ou dont la signature a été tenue pour reconnue, prétend que l'écriture de cet acte a été altérée ou falsifiée, et le désavoue, en conséquence, comme entaché d'un faux matériel ou intellectuel, cette partie est encore admise à l'attaquer par la voie de l'inscription de faux.

C'est la disposition formelle de l'article 214 du Code de procédure. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 124; Bonnier, n°s 736-739.)

381. — Supposons donc maintenant que l'écriture et la signature de l'acte sous seing privé sont reconnues ou tenues pour reconnues.

Quelle en est la force probante?

Aux termes de l'article 1322 :

« L'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on « l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre « ceux qui l'ont souscrit, et leurs héritiers et ayants « cause, la même foi que l'acte authentique. »

C'est-à-dire qu'il constate, à l'égal de l'acte authentique, soit entre les parties, leurs héritiers et ayants cause, soit même à l'égard des tiers, la réalité et la sincérité de la convention ou du fait juridique quelconque qu'il a pour objet de constater, comme aussi des énonciations, qui ont un rapport direct à cette convention ou à ce fait.

Il constate, disons-nous, comme l'acte authentique, à l'égard de tous, *rem ipsam*; c'est *la force probante!*

Mais il n'a, bien entendu, pas plus que l'acte authentique, *la force obligatoire*, qu'à l'égard des parties ou de leurs héritiers et ayants cause.

Nous avons déjà fourni la preuve de cette assimilation, qu'il faut faire, au point de vue de la force probante, entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique; preuve qui résulte, soit de la première partie de l'article 1319, telle que nous avons vu qu'il est nécessaire de l'entendre, soit de l'article 1320, qui attribue formellement, sous ce rapport, la même force à l'acte *soit authentique, soit sous seing-privé*. (Comp. *supra*, n° 269 et suiv.)

382. — L'acte sous seing privé fait aussi, tout naturellement, foi de sa date, entre les parties, et leurs héritiers et ayants cause. (Comp. Nancy, 21 mai 1842, D. 1842-II-185; Duranton, t. XIII, n° 772; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 673.)

Nous n'ajoutons pas, cette fois, *à l'égard des tiers!* (Comp. *infra*, art. 1328.)

Mais, entre les parties et leurs représentants, l'aveu qui résulte de leur écriture ou de leur signature s'applique évidemment à la date comme à tout ce qui est contenu dans l'acte.

Il ne faudrait pas, toutefois, conclure de l'article 1322,

que les parties et leurs successeurs ne peuvent impugner la date de l'acte sous seing privé, comme la date de l'acte authentique, qu'au moyen de l'inscription de faux.

Tenons, au contraire, pour certain que les parties, ou leurs successeurs, peuvent prouver la fausseté de l'acte sous seing privé, qu'elles ont souscrit, par tous les moyens, et même à l'aide de simples prescriptions :

1° La fausseté de la date n'est pas, en effet, dans l'acte sous seing privé, comme elle l'est dans l'acte authentique, constatée par un officier public;

2° Dans quels cas d'ailleurs les parties, leurs héritiers ou ayants cause peuvent-ils avoir intérêt à soutenir que l'acte a été *antidaté* ou *post-daté?*

C'est évidemment lorsqu'elles prétendent que cette fausse date a eu pour but de masquer une fraude quelconque.

Or, dans ce cas, l'acte lui-même étant attaqué pour cause de fraude ou de dol, les simples présomptions sont admissibles, aux termes de l'article 1353.

S'il se présentait un cas, dans lequel le souscripteur de l'acte, ses héritiers ou ayants-cause, attaqueraient la date comme inexacte, sans invoquer un moyen de dol ou de fraude, tout ce qui en résulterait, c'est que la preuve écrite serait alors seule admissible, à moins qu'il n'y eût un commencement de preuve par écrit, qui pourrait rendre admissibles aussi la preuve testimoniale et les presomptions.

Mais, dans ce cas non plus, il ne serait pas nécessaire de recourir à l'inscription de faux.

Telle est la thèse, que nous avons déjà établie, en traitant de la date du testament olographe, et qui nous paraît toujours vraie. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n°s 156-162; Cass. 29 mars 1813, D. 1815-I-509; Cass. 21 avril 1829, Aribert, D. 1829-I-224; Zachariœ, Aubry et Rau, t. IV,

p. 398; Bonnier, n° 670; Larombière, t. IV, art. 1322, n°s 6-7).

383. — B — Nous venons d'exposer les règles générales qui gouvernent la rédaction et la force probante des actes sous seing privé. (*Supra*, n° 352.)

Exposons maintenant les règles spéciales à quelques-uns de ces actes;

Et d'abord, celles des actes sous seing privé, qui contiennent une convention synallagmatique.

L'article 1325 est ainsi conçu :

« Les actes sous-seing privé, qui contiennent des « conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'au- « tant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y « a de parties ayant un intérêt distinct.

« Il suffit d'un original pour toutes les personnes « ayant le même intérêt.

« Chaque original doit contenir la mention du nom- « bre des originaux qui en ont été faits.

« Néanmoins, le défaut de mention que les originaux « ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé « par celui qui a exécuté, de sa part, la convention « portée en l'acte. »

Voilà, dans notre Code, la consécration de la théorie célèbre *du double écrit*, ou plus brièvement, *des doubles*.

Cette théorie est d'origine française.

Elle était inconnue en Droit romain.

Et elle l'a même été aussi, pendant la première et la plus longue période de l'histoire de notre ancien Droit.

C'est seulement dans le dix-huitième siècle qu'elle y fut introduite par plusieurs arrêts du Parlement de Paris, dont le premier est du 30 août 1736. (Ajout. les arrêts du 6 août 1740; — du 24 janvier 1767; — du 29 novembre 1781; — Denizart, v. *Double écrit;* Merlin, *Répert. h. v.*, n°s 1 à 3.)

384. — Ces arrêts décidaient :

1° Que tout acte sous-seing privé, qui contenait une convention synallagmatique, devait être fait en double original, afin que chacune des deux parties en eût un;

2° Que chacun de ces originaux devait porter la mention qu'il avait été fait double.

Et quelle était la sanction de ces formalités? Quelle était la conséquence de l'inobservation de l'une ou de l'autre?

C'était :

1° Que la convention elle-même était nulle, et qu'on ne pouvait demander à en faire la preuve, ni par le moyen de l'acte sous seing privé irrégulier, ni par aucun autre moyen;

2° Que cette nullité de la convention n'était pas couverte même par l'exécution qu'elle aurait reçue!

Ce caractère de la théorie des doubles, à son origine, est incontestable; il est consacré par les arrêts mêmes qui l'ont inaugurée; Denizart et Merlin témoignent que c'est ainsi, en effet, qu'elle fut admise par la jurisprudence du Parlement de Paris.

385. — Cette jurisprudence souleva, dès son début, de vives résistances; et elle ne réussit pas à se faire universellement admettre. Consacrée aussi par le Parlement de Bordeaux, en 1759, et par le Parlement de Rouen, en 1785, elle échoua, au contraire, dans les Parlements de Douai, en 1777, et de Grenoble, en 1779.

Les critiques scientifiques ne lui ont pas manqué non plus, ni dans l'ancien Droit, ni dans le Droit nouveau: les critiques les plus amères, les plus passionnées!

On peut voir de quelle façon elle est traitée dans le Répertoire de Merlin, qui va jusqu'à la qualifier d'*hérésie et d'aberration*, en ajoutant:

« Que c'est déjà élever un grand préjugé contre cette vicieuse jurisprudence que de fixer son origine à une époque où la magistrature parisienne commençait à dégénérer...! » (T. IV, v° *Double écrit*, n°s 7-8; *Additions*, t. XVI, n° 8; *Quest. de droit*, § 1.)

586. — Nous oserons dire que ceci est excessif.

Il convient, en effet, de remarquer d'abord que la théorie des doubles n'a pas été créée par le Parlement de Paris; elle s'est créée d'elle-même, au Châtelet, *ce sanctuaire de la vieille pratique*, dit très-bien M. Bonnier. (n° 684.)

Lépine de Granville en témoigne :

« Quelques-uns de Messieurs, dit-il, qui avaient servi au Châtelet, attestèrent que ces principes y étaient invariablement suivis. »

Ce n'est pas que la théorie des doubles, telle que la jurisprudence du Parlement de Paris l'avait faite, nous paraisse admissible.

Il s'en faut bien!

Cette théorie n'avait pas été placée sur sa vraie base.

En décidant que la nullité de la convention, qui résultait de l'inobservation de la formalité des doubles, tait pas couverte par l'exécution, cette jurisprudence avait commis une exagération, qui en rendait l'explication, au point de vue de la science et de l'équité, véritablement impossible!

Que disait-on, en effet, pour l'expliquer?

Il est de l'essence des conventions synallagmatiques que les deux parties soient réciproquement obligées l'une envers l'autre;

Or, cette condition manquerait, si une convention synallagmatique était constatée par un acte sous seing privé dont il n'y aurait qu'un seul original, ou si chacun des deux originaux, qui en auraient été faits, ne portait la mention qu'il a été fait double;

Donc, il est essentiel, pour qu'une convention synallagmatique, rédigée par acte sous seing privé, soit valable, qu'il en soit fait deux originaux, portant chacun la mention qu'ils ont été faits doubles.

Tel est, en substance, le raisonnement par lequel Lépine de Granville justifiait le premier arrêt du Parle-

ment de Paris du 30 août 1736, auquel il avait lui-même concouru. (Comp. Merlin, Répert., v° *Double écrit*, n° 4.)

Mais il est manifeste qu'il y avait là une confusion entre la validité intrinsèque de la convention elle-même et la preuve extrinsèque de cette convention.

Oui, sans doute, la convention synallagmatique est celle qui engendre des obligations corrélatives; tel en est le caractère essentiel; et si, en effet, les deux parties n'étaient pas réciproquement obligées l'une envers l'autre, il n'y aurait pas, il ne pourrait pas y avoir de convention synallagmatique.

Mais est-ce à dire qu'il soit essentiel aussi que les deux parties aient, également, chacune de son côté, les mêmes moyens d'en prouver l'existence? de sorte que la convention synallagmatique devrait être considérée comme nulle dans tous les cas où l'une des parties aurait, pour en fournir la preuve, des moyens que l'autre n'aurait pas?

Assurément non!

Supposons qu'une convention synallagmatique a été faite verbalement entre Pierre et Paul.

Cette convention est valable.

Et, apparemment, nul ne s'aviserait de prétendre qu'elle est nulle, parce que Pierre aurait, pour la prouver par témoins, un commencement de preuve par écrit, qui manquerait à Paul.

Voilà donc, en effet, une convention synallagmatique, valable, et qui a produit deux obligations réciproques;

Mais dans laquelle pourtant l'une des parties a, sur l'autre, cet avantage qu'elle peut en fournir la preuve par un moyen, dont l'autre, au contraire, est dépourvue.

Il ne faut donc pas dire, d'une manière abstraite, que la convention synallagmatique est nulle nécessairement, dans tous les cas, si les deux parties ne sont pas, de

tous points, l'une envers l'autre, dans une situation judiciaire égale, sous le rapport de la preuve.

Et l'argument de Lépine de Granville, qui allait jusque-là, était certainement inexact.

Ce qui est vrai, et ce qu'il aurait fallu dire, c'est que les parties, qui font dresser un acte écrit de la convention qu'elles veulent former ensemble doivent être présumées subordonner la formation même de cette convention à la condition que cet écrit soit régulièrement rédigé;

Or, quand la convention est synallagmatique, l'écrit que les parties veulent en faire dresser est évidemment destiné à former, pour chacune d'elles, son titre; et il n'est, dans leur commune intention, régulier qu'autant qu'il fournit, en effet, à chacune d'elles un égal moyen de preuve:

Donc, il faut, par une suite de déductions parfaitement logiques, que cet écrit, lorsqu'il est sous signature privée, soit dressé en double original et que chacun des originaux porte la mention qu'il a été fait double, afin d'éviter toute dénégation.

Voilà la vraie base de la théorie des doubles; à savoir : l'intention des parties qui rédigent un acte écrit de leur convention, de n'être obligées que sous la condition que l'écrit sera valable, et qu'il formera également le même titre pour chacune d'elles.

Et, comme cette intention est naturelle et légitime, le législateur peut certainement décréter, en ce sens, une présomption légale. (Comp. *infra*, n° 426.)

387. — Nous espérons pouvoir démontrer bientôt que tel est, sous l'empire de notre Code, le véritable caractère de la théorie des doubles, et qu'elle repose, en effet, sur une présomption légale que l'article 1325 consacre.

Le législateur du Code s'est gardé de l'exagération dans laquelle la jurisprudence ancienne était tombée, en décidant que l'exécution de la convention ne purgeait

pas la nullité, qui résultait de l'inobservation de la formalité des doubles.

Au contraire, le second alinéa de l'article 1325 décide que :

« Néanmoins le défaut de mention que les originaux « ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé « par celui qui a exécuté, de sa part, la convention « portée en l'acte. »

Et il a fait ainsi, de la doctrine des doubles, une application très-conforme, suivant nous, aux habitudes de la pratique, et qui ne nous paraît pas mériter les vives critiques, dont elle est encore aujourd'hui presque partout l'objet.

« Doctrine *perverse!* dit Toullier. (T. IV, n° 318.)

« *Absurde et immorale* », s'écrie Marcadé. (Art. 1325, n° 1.)

A quoi nous répondons :

Tout dépend de la manière dont il faut l'entendre; et nous allons y arriver.

388. — Ajoutons, toutefois, encore une remarque.

Si la théorie des doubles n'a été admise que si tardivement dans notre ancien Droit, on peut dire que l'idée première, ou le premier germe, s'en était déjà produit dans des temps bien antérieurs, et vers le treizième siècle.

Telle est bien, en effet, l'explication de la *charte-partie.* (Art. 273, Code de comm.)

Et l'*Endenture?* ne procède-t-elle pas aussi de la même origine? (Comp. Merlin, Répert. v° *Charte-partie;* Glossaire du Droit français, v° *Charte-partie,* et v° *Endenture,* Intit. coût. de Loysel.)

On sait que la *charte-partie,* par laquelle on constatait autrefois l'affrétement des navires, était un acte rédigé sur une feuille de papier ou de parchemin, que l'on partageait en deux parties; chacun des contractants en prenait une, afin que la preuve du contrat pût résulter en-

suite de leur rapprochement. Et de là son nom primitif : *partie*, participe passé du mot : *partir*, synonyme de *partager*; la *charte-partie*, ou la *charte-partagée*.

Ainsi encore, en Angleterre, on place les écrits faits doubles les uns contre les autres ; et on les coupe sur le sommet ou sur le côté, en forme de dents correspondantes, afin d'en pouvoir ensuite constater l'identité. Et de là aussi leur nom d'*écrits dentelés*. (Blacktone, liv. II, ch. xx ; Bonnier, n° 683.)

389. — Deux points principaux seront, sur cette matière, l'objet de notre étude; à savoir :

I. Dans quels cas la formalité du double écrit doit être observée. — Et en quoi elle consiste ;

II. Quel est l'effet de l'inobservation de cette formalité.

390. — I. *a*. L'article 1325 exige la formalité des doubles, pour les actes sous seing privé qui contiennent *des conventions synallagmatiques*.

Nous savons qu'on appelle ainsi les conventions, qui font naître, en même temps, deux obligations principales et corrélatives, dont l'une est la cause de l'autre. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n° 21.)

C'est donc à ces sortes de conventions, que l'article 1325 est applicable : tels la vente, le louage, la société, le partage, la transaction, etc.

A toutes celles-là ;

Mais aussi rien qu'à celles-là.

391. — On a mis en question s'il est applicable aux souscriptions à des ouvrages de librairie.

Le véritable caractère du contrat, qui intervient entre le vendeur et l'acheteur d'un ouvrage publié par souscription, est assez difficile à déterminer, disait Devilleneuve. (Sur l'arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1843, Jollivet, Dev. 1843-I-853.)

Il est vrai que ce contrat se présente sous une forme spéciale et singulière.

Mais pourtant, il paraît impossible de n'y pas reconnaître une convention synallagmatique.

D'une part, le libraire s'oblige à fournir les livraisons de l'ouvrage au souscripteur;

Et d'autre part, le souscripteur s'oblige à payer le prix de ces livraisons au libraire.

Voilà bien le caractère de la convention synallagmatique.

D'où il faut conclure que cette convention, en effet, rentre dans les termes généraux de l'article 1325.

Mais ce qui arrivera le plus souvent en cas pareil, c'est que l'article 1325 aura cessé d'être applicable, parce que les parties auront exécuté, en partie, la convention : le libraire, en envoyant un certain nombre de livraisons ; et le souscripteur, en payant le prix de ces livraisons.

Mais l'ouvrage commencé languit ou s'arrête !

Et alors, c'est aussi en même temps, sous la forme d'une demande en résolution pour cause d'inexécution des conditions, que la demande du souscripteur contre le libraire se produit. (Comp. Cass. 8 nov. 1843, *supra ;* Paris, 2 mai 1849, Dubois, Dev. 1849-II-636 ; Massé, *Droit comm.*, t. VI, n° 56 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 380.)

592. — D'après son texte donc, comme aussi d'après son motif, l'article 1325 n'est pas applicable aux conventions unilatérales, qui ne font naître d'obligations que d'un seul côté, tels que le prêt, le nantissement, etc.

Et il n'y a pas même ici à tenir compte de la distinction, que la doctrine à faite entre les conventions synallagmatiques parfaites et les conventions synallagmatiques imparfaites.

Les premières sont les seules auxquelles l'article 1325 s'applique.

Les autres, que l'on appelle synallagmatiques imparfaites, ne sont, en réalité, que des conventions unilatérales.

Et voilà pourquoi nous avons déjà remarqué qu'elles ne sont pas soumises à l'application de l'article 1325. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 22.)

393. — Nous avons même ajouté, et nous persistons à croire que la convention unilatérale imparfaite ne perdrait pas son caractère, par cela seul qu'un salaire ou une rémunération aurait été stipulé par celle des parties qui se trouve seule obligée principalement envers l'autre.

Comme si, dans un contrat de mandat ou de dépôt, le mandataire ou le dépositaire avait fait, à son profit, une stipulation de cette espèce. (Comp. le tome I précité, n° 23.)

394. — Il ne s'agit plus maintenant, pour savoir si l'article 1325 est ou n'est pas applicable, que de déterminer si, dans chacun des cas dont il s'agit, la convention est ou n'est pas synallagmatique.

D'après cette donnée, nous décidons que l'article 1325 n'est pas applicable :

1° Aux simples reconnaissances de dettes, lors même qu'elles seraient faites avec stipulation de termes. (Comp. *infra*, n° 402; Cass., 26 oct. 1808, Sirey, 1809-I-154.)

395. — 2° Aux actes de cautionnement. (Comp. *infra*, n° 401 ; Cass., 22 nov. 1825, Sirey, 1826-I-146.)

396. — 3° Aux arrêtés de compte. (Comp. *infra*, n° 403; Aix, 12 juill. 1813, Sirey, 1814-II-234 ; Orléans, 22 août 1840, Benchet-Chevallier, Dev., 1840-II-433; Toullier, t. VI, n° 331 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 380; Larombière, t. IV, art. 1825, n° 14.)

397. — 4° Aux promesses unilatérales de contrats synallagmatiques, et notamment aux promesses de vente. (Comp. Cass., 12 juill. 1847, Claveau-Martineau, Dev., 1848-I-181 ; et aussi Colmar, 8 mai 1845, Fellmann, Dev., 1847-II-117; Larombière, t. IV, art. 1315, n° 19.)

398. — Mais, pour l'exacte application de notre principe, il importe d'ajouter deux observations :

D'une part, il peut arriver que l'article 1325 ne soit pas applicable, lors même que la convention, qui a eu lieu, serait, par sa nature, synallagmatique.

Comme aussi, d'autre part, en sens inverse, il peut arriver que l'article 1325 soit applicable, lors même que la convention, qui a eu lieu, serait, par sa nature, uni latérale.

Le texte bien compris de l'article 1325 et le motif essentiel, sur lequel il est fondé, justifient, en effet, cette double proposition.

399. — Nous disons d'abord qu'il se peut que l'article 1325 ne soit pas applicable, dans le cas même où la convention, qui a eu lieu, serait, par sa nature, synallagmatique.

C'est ce qui arrive évidemment, lorsque l'une des parties a, dès avant la rédaction de l'acte, entièrement exécuté ses obligations, ou qu'elle les exécute au moment de cette rédaction; de sorte que l'autre partie, nous le supposons, n'a plus à faire valoir, contre elle, aucun droit, ni actuel, ni même éventuel. Il n'y a donc plus, en cas pareil, qu'une seule obligation, qu'un seul objet; et dès lors il suffit d'un seul exemplaire de l'acte.

Quel intérêt, en effet, la partie, envers laquelle l'autre a exécuté toutes ses obligations, aurait-elle à posséder aussi un exemplaire?

Aucun! puisqu'elle est seulement débitrice, sans être créancière.

Voici une vente par acte sous seing privé, que Pierre a faite à Paul, au comptant, c'est-à-dire que Paul en a payé de suite le prix.

Il suffit que Paul, l'acquéreur, en ait un exemplaire.

A quoi bon un second exemplaire pour Pierre, le vendeur, qui n'a plus aucun droit à exercer contre Paul, à raison de cette vente? (Comp. Montpellier, 10 juin 1828, Sirey, 1828-II-341; Bordeaux, 30 janv. 1834; Toullier, t. VII, n° 327; Duranton, t. XIII, n° 146; Zachariæ,

Aubry et Rau, t. IV, p. 381; Bonnier, n° 691; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 20.)

400. — Oh! sans doute, il en serait autrement, si la vente, quoique faite au comptant, était accompagnée de la réserve d'un droit ou d'une faculté quelconque au profit du vendeur.

Il faudrait alors, en effet, observer l'article 1325, puisqu'un exemplaire de l'acte de vente serait nécessaire aussi au vendeur, afin de pouvoir exercer les droits réservés à son profit soit contre l'acquéreur, soit contre les tiers.

Il ne faudrait pas même distinguer si le droit réservé en faveur du vendeur est présent et actuel, ou s'il est seulement futur et éventuel, s'il ne doit s'ouvrir qu'à une époque plus ou moins éloignée, ou s'il est conditionnel et s'il peut ne s'ouvrir jamais.

Nous n'en avons pas moins là toujours deux obligations corrélatives. (Comp. Cass. 31 janv. 1837, de Bacalan, Dev., 1837, I, 533; Agen, 17 août 1837, mêmes parties, Dev., 1838, II, 122.)

401. — En second lieu, nous disons qu'il se peut, en sens inverse, que l'article 1325 soit applicable, dans le cas même où la convention, qui a eu lieu, serait, par sa nature, unilatérale.

C'est ce qui arrive évidemment aussi, lorsque cette convention, par suite des clauses qui y sont insérées, engendre elle-même des obligations réciproques et revêt ainsi le caractère d'une convention synallagmatique.

Les parties, sans doute, peuvent ajouter de telles clauses à une convention qui est, en soi, unilatérale; nous l'avons déjà remarqué; c'est la liberté même des conventions! (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 23.)

Eh bien donc, lorsqu'elles l'auront fait ainsi, il est clair que leur convention engendrant des obligations de part et d'autre, devra être rédigée en autant d'originaux qu'il y aura de parties ayant un intérêt distinct.

Voici un acte sous seing privé, par lequel Pierre s'oblige

envers Paul, comme caution de Jules, sous la condition et à la charge par Paul, le créancier qui s'y oblige, de ne pas poursuivre Jules pendant un délai de trois mois.

Le cautionnement est une obligation unilatérale; et un seul original suffit!

Cela est très-vrai; et nous l'avons dit plus haut (n° 395).

Mais pourquoi l'avons-nous dit?

Parce que nous supposions un cautionnement pur et simple, conservant, comme tel, son caractère de convention unilatérale.

Tout autre, au contraire, doit être la solution, lorsque le cautionnement n'est pas tel, et que, en retour de l'obligation que la caution contracte envers le créancier, le créancier, de son côté, contracte une obligation envers la caution.

La caution, qui a mis cette condition à son cautionnement, n'a certes pas entendu laisser au créancier la liberté de renoncer au cautionnement, en poursuivant le débiteur, ou de s'en tenir au cautionnement, en ne poursuivant pas le débiteur.

Or, le créancier aurait cette liberté, si l'acte n'était pas fait double. (Comp. Cass., 23 août 1853, Manouviller, Dev., 1855, I, 94.)

Dans quels cas le créancier aura-t-il contracté cette obligation envers la caution, et devra-t-il, en conséquence, suspendre ou ajourner ses poursuites contre le débiteur principal, après avoir accepté le cautionnement?

C'est là une question de fait.

Mais la question de fait une fois résolue dans le sens que nous venons de supposer, la question de droit est nécessairement aussi résolue. Il faut que l'acte de cautionnement soit fait double! (Comp. Paris, 6 déc. 1814, Sirey, 1816, II, 68; Cass., 14 mai 1817, Sirey, 1818, I, 47; Cass., 23 juill. 1818, Sirey, 1819, I, 242; Cass., 14 juin 1847, Buguet, Dev., 1847, I, 663; Cass., 3 avril

1850, Bonjour, Dev., 1850, I, 246; Cass., 18 nov. 1851, Séguis, Dev., 1852, I, 323; Duranton, t. XIII, n° 152; Favard, *Répert.*, v° *Acte sous seing privé*, sect. I, § 2, n° 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV p. 381; Bonnier, n° 691; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 15.)

402. — Supposons que c'est le débiteur lui-même qui contracte, envers son créancier, une nouvelle obligation sous la même condition, à savoir : que le créancier lui accordera un certain terme, ou sous tout autre condition, par exemple, que les intérêts, au lieu d'être de cinq pour cent, ne seront plus désormais que de quatre pour cent.

Evidemment, il faudra que cette convention nouvelle, si elle est faite par acte sous seing privé, soit rédigée conformément à l'article 1325.

Pourtant, la reconnaissance d'une dette est un acte unilatéral, lors même que cette reconnaissance est faite avec stipulation de termes de payement!

Il est vrai; et nous l'avons aussi dit plus haut (n° 394).

Mais pourquoi l'avons-nous dit?

Parce que nous supposions la reconnaissance, purement et simplement unilatérale, d'une dette, qui n'était encore constatée par aucun acte en la possession du créancier.

Il n'y avait alors qu'une seule obligation; et la stipulation d'un terme ne pouvait y rien changer; puisque cette stipulation se trouvant dans l'acte même de reconnaissance, en était une partie intégrante, et que le créancier ne pouvait pas présenter l'acte dans lequel le débiteur avait reconnu son obligation, sans présenter, en même temps, l'acte par lequel il avait contracté, de son côté, l'obligation de ne pas le poursuivre avant l'expiration d'un certain terme.

Mais notre hypothèse est tout autre!

Cette obligation, que le débiteur reconnaît par un se-

cond acte qui modifie le premier, elle était déjà constatée par le premier acte.

Et puisque voici un nouvel acte, par lequel le créancier contracte une obligation, qui ne se trouvait pas dans l'autre, il y a désormais deux obligations corrélatives; il faut donc que l'article 1325 soit observé, pour que le débiteur ne se trouve pas à la discrétion du créancier. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 382.)

C'est souvent une question délicate, que celle qui consiste à décider si une convention, unilatérale de sa nature, est devenue synallagmatique par l'effet des clauses particulières que les contractants y ont ajoutées, et si, en conséquence, elle est ou elle n'est pas soumise à la formalité du double écrit.

Mais il n'y a plus là qu'une question de fait et d'interprétation. (Comp. Cass., 21 juin 1870, de Jeanson, Dev., 1871, I, 49; Cass., 17 déc. 1872, Tandon, Dev., 1872, I, 421.)

403. — Que l'acte, par lequel les parties révoquent ou résilient une convention synallagmatique, dans laquelle elles étaient engagées, soit soumis à l'application de l'article 1325, cela est d'évidence!

Et cette application comprend, sans difficulté, les résiliations conventionnelles de baux, par lesquelles les parties se délient réciproquement des obligations, dont elles étaient tenues l'une envers l'autre.

404. — Mais c'est une question controversée et difficile, en effet, de savoir si les congés amiables donnés par le locataire au propriétaire ou par le propriétaire au locataire, sont soumis à l'application de l'article 1325.

Pierre, le locataire, dans la quittance de loyers, qu'il reçoit de Paul, le propriétaire, fait consigner qu'il lui donne congé pour le prochain terme.

Ou c'est Paul, le propriétaire, qui consigne, dans cette

quittance, qu'il donne, pour le prochain terme, congé à Pierre, le locataire.

Nous prenons cette espèce, qui est, en fait, la plus fréquente.

Le congé, ainsi donné, est-il valable?

Ou, au contraire, est-il nul, parce que l'acte, qui le renferme, n'a pas été fait double, conformément à l'article 1325?

Un parti considérable tient pour cette dernière solution :

1° Tel était l'ancien Droit.

« On ne regarde pas comme valable, disait Denizart, un congé écrit dans une quittance de loyers, donnée par le propriétaire ou par le principal locataire, à moins que cette quittance ne soit faite par un écrit double; alors l'acte étant synallagmatique, le congé est bon; il ne vaudrait rien dans toutes sortes d'actes, où une seule partie aurait en possession la preuve de la convention. » (v° *Congé*, n° 25; comp. Bourjon, t. II, p. 64, n° 8.)

2° C'est que, en effet, le congé est la résiliation synallagmatique de la convention de bail, qui est elle-même synallagmatique.

Dès que l'un des deux, le preneur ou le bailleur, a donné congé à l'autre, ils ne sont plus réciproquement obligés de continuer le bail. Et puisque celui qui a reçu le congé, a la preuve écrite qu'il peut s'en départir, il faut que celui qui a donné le congé, ait également la preuve écrite qu'il est aussi délié de son obligation. Voilà comment la cour de Caen a décidé que celui qui a donné le congé, peut se rétracter, tant que l'autre ne l'a pas accepté. (26 janv. 1824, D., Rec. alphab., v° *Louage*, p. 912, note; comp. Duvergier, *du Louage*, t. I, n° 492.)

405. — Ces arguments ne manquent pas de gravité; aussi n'hésitons-nous pas à conseiller aux parties, qui donnent ainsi des congés amiables, de se mettre en règle avec cette doctrine, et de rédiger un écrit double.

Mais il nous serait difficile de concéder que la doctrine elle-même soit rigoureusement conforme aux principes :

1° Et d'abord, quant à l'autorité de l'ancien Droit, elle ne saurait être décisive.

Dans ce temps, en effet, on considérait le simple congé comme une convention synallagmatique; et cela est si vrai qu'il ne pouvait pas être donné par une signification extrajudiciaire.

C'est Denizart aussi qui nous l'apprend :

« Hors le cas de l'écrit double, ajoute-t il, il faut que le congé soit convenu devant notaire, avec minute de l'acte, ou qu'il soit donné par exploit et jugé valable. » (*Loc. supra, cit.*, n° 3.)

On conçoit que, sous un tel régime, le congé étant, en effet, regardé comme une convention synallagmatique, il devait être soumis à la formalité du double écrit.

2° Mais cette appréciation du caractère juridique d'un simple congé de bail était-elle exacte?

Assurément non! suivant nous.

Le congé n'est autre chose que l'exercice d'une faculté unilatérale; à savoir : de la faculté, pour la partie qui l'exerce, de notifier à l'autre qu'elle entend mettre fin à la convention de bail.

Il n'est pas nécessaire qu'il soit accepté; la *faculté*, pour chacune des parties ou pour l'une d'elles, disparaîtrait, si l'exercice en était subordonné à la volonté de l'autre!

On objecte que la cour de Caen a jugé que l'acceptation était nécessaire.

Nous ne croyons pas que telle soit la portée de cet arrêt. Ce qui en résulte seulement, c'est que, dans le cas où la partie à laquelle le congé a été donné, le refuse, celle qui le lui a donné, peut s'en départir; et cela se comprend.

Mais il n'en résulte pas que, lorsque la partie à laquelle le congé a été donné, garde le silence, le congé ne

soit bien donné, même seulement par une signification extrajudiciaire.

Aussi, l'ancienne pratique du Châtelet en était-elle venue là; et Bourjon lui-même atteste qu'elle n'exigeait plus qu'il fût donné avec assignation pour le voir déclarer valable, et qu'un simple exploit d'huissier suffisait.

C'est donc que le congé n'est pas une convention synallagmatique.

Et s'il n'est pas une convention synallagmatique, il n'est pas soumis à l'application de l'article 1325.

3° On se récrie : voilà donc l'une des parties à la discrétion de l'autre !

Celui, qui a donné le congé, n'en ayant pas la preuve écrite, est forcé de le subir, si l'autre le lui oppose; et il ne pourra lui-même le lui opposer.

Et, par suite, celui, qui l'a reçu, peut, à son gré, le faire valoir, ou le supprimer.

Nous répondons d'abord que, lors même qu'il en serait ainsi, la partie, qui a donné le congé dans la forme d'une quittance, doit s'imputer la position inégale qu'elle s'est faite ; mais cela ne prouve pas que le congé, qu'elle aurait pu faire signifier par un huissier, constitue une convention synallagmatique.

Nous ajoutons que cette inégalité de position, d'ailleurs, n'est pas aussi grande qu'elle paraît être.

Est-ce le propriétaire, qui a donné congé au locataire, dans sa quittance de loyers ?

Il faudra bien, si le locataire ne veut pas payer deux fois et plus encore, qu'il représente cette quittance.

Est-ce le locataire, qui a donné congé au propriétaire, dans la quittance, qu'il a reçue de lui ?

Il en sera de même, s'il veut se prévaloir de ce congé.

Et quant au propriétaire, qui a reçu le congé, et qui, sur la demande du locataire, l'a consigné dans la quittance, pourrait-il bien se plaindre de ce qu'elle lui soit opposée, quand il est certain que le locataire aurait pu

lui faire signifier ce congé par un exploit ? (Comp. Troplong, *du Louage*, t. II art. 1737, n° 424-426 ; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 18.)

406. — *b*. En quoi consiste la formalité du double écrit ?

La loi y exige deux conditions ; à savoir :

1° Que les actes soient faits en autant d'originaux, qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ;

2° Que chaque original contienne la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

407. — 1° Que faut-il entendre par ces mots : *ayant un intérêt distinct ?*

L'article du projet portait d'abord : *ayant un intérêt particulier*.

Le motif, qui fut donné du changement de cette première rédaction, dans les travaux préparatoires, fournit l'explication, très-satisfaisante, de la rédaction nouvelle de l'article 1325.

« *Distinct* et *particulier*, a-t-on dit, ne sont pas synonymes. Des codébiteurs solidaires ont chacun leur intérêt particulier ; et cependant, ils n'ont pas un intérêt distinct. » (Locré, *Législat. civ.* T. XII, p. 282.)

Un seul original suffit donc pour toutes les parties, *ayant le même intérêt ;* ce sont, en effet, les termes de notre texte :

Et il faut autant d'originaux, qu'il y a de parties, qui, n'ayant pas *le même intérêt*, ont, par cela même, *un intérêt distinct*.

Or, dans une convention synallagmatique, au point de vue de la théorie des doubles, on doit considérer comme ayant un intérêt distinct, celles des parties auxquelles la convention, par elle-même, dès l'instant de sa formation, impose des obligations réciproques, les uns envers les autres.

Quant à celles des parties, que la convention n'a point, par elle-même, directement pour effet de soumettre, les unes envers les autres, à des obligations réciproques, on

doit les considérer comme ayant le même intérêt, *un intérêt commun* ; c'est-à-dire comme ne formant, ensemble, dans leur réunion collective, qu'une seule partie ;

Et cela, lors même que cette convention pourrait ensuite soulever, entre elles, dans son exécution, des intérêts particuliers et distincts, en donnant lieu à des actions en recours, ou a des opérations de liquidation, de partage, ou de règlement de compte.

Cet intérêt particulier, qui peut ensuite surgir entre elles et les diviser, il n'existe pas, il ne les divise pas dans la convention synallagmatique, qu'ils font d'abord, tous ensemble, réunis dans un même et commun intérêt.

Et par conséquent, il suffit qu'un seul original de cette convention soit remis à l'une d'elles.

Objectera-t-on, que celle des parties ayant le même intérêt, à laquelle cet unique original sera remis, tant pour elle que pour ses cointéressés, pourra s'entendre avec l'autre partie, pour supprimer l'acte, et les priver ainsi du bénéfice de la convention ?

Il est vrai !

Mais c'est à ses cointéressés eux-mêmes à prendre, s'ils le jugent nécessaire, leurs précautions contre ce danger.

Ce danger-là, en effet, n'est pas celui que l'article 1325 a pour but d'écarter d'elles.

L'article 1325 est fondé sur cette présomption : que les parties, qui font, par un acte écrit, une convention synallagmatique, entendent en subordonner l'existence à la régularité de cet acte ;

Or, la convention synallagmatique, dont il s'agit, a été, nous le supposons, rédigée dans un acte sous seing privé, qui a été fait en autant d'originaux qu'il existe de parties, à l'égard desquelles cette convention avait un caractère synallagmatique ;

Donc, la disposition de l'article 1325 a été régulièrement observée. (Comp. Duranton, T. XIII, n° 154 ; Za-

chariæ, Aubry et Rau, T. IV, p. 382; Larombière, T. IV, art. 1325, n° 23.)

408. — Le principe étant posé, les applications s'en présentent d'elles-mêmes.

Pierre, Paul et Jules font, entre eux, un contrat de société, par acte sous signature privée.

Il faudra que cet acte soit fait en trois originaux; car il y bien là en présence trois intérêts distincts.

Mais que, ensuite, les trois associés fassent un contrat quelconque, par acte sous signature privée, avec un tiers, pour les affaires de la société.

Il suffira, au contraire, que cet acte soit fait en deux originaux : l'un, pour le tiers; l'autre, pour les trois associés, qui ont alors le même intérêt.

Cette solution est applicable dans tous les cas semblables :

Comme si plusieurs copropriétaires vendent ensemble une chose commune; (Comp. Amiens, 24 prairial an XIII);

Comme si plusieurs enfants, héritiers de leur père, font, avec leur mère, une convention relative à ses reprises matrimoniales. (Comp. Cass. 2 mars 1808, Sirey, 1808-232.)

Et voilà aussi comment, lorsqu'il s'agit d'un acte sous signature privée, constatant une société en commandite, il suffit de rédiger deux originaux : l'un, pour les associés commanditaires; l'autre, pour les associés gérants; lesquels, en effet, de part et d'autre, ne constituent que deux parties ayant un intérêt distinct. (Comp. Cass. 20 déc. 1830, Dev. 1831,I,38; Duranton, T. XIII, n° 54; Zachariæ, Aubry et Rau, T. IV, p. 382.)

409. — Une femme s'oblige solidairement avec son mari, ou comme sa caution, envers un tiers, par un acte sous-signature privée.

Combien faut-il d'originaux?

Il en faut trois, a-t-on répondu : l'un, pour le tiers; l'autre, pour le mari; et le troisième, pour la femme.

« Attendu que l'effet du cautionnement, consenti dans ledit acte par la dame Sautereau, était de donner immédiatement naissance, aux termes de l'article 2135, à une hypothèque sur les biens de son mari, pour l'indemnité de l'obligation par elle contractée; d'où il suit que, ayant, à cet égard, un intérêt distinct de celui de son mari, elle était fondée à réclamer un original séparé de l'acte, indépendamment de celui auquel son mari avait droit. » (Cass. 25 août 1853, Manouvillier, Dev. 1855,I,94.)

Mais il nous semble qu'il y a là une déviation du principe, très-certain pourtant, que nous venons de poser. (*Supra*, n° 407.)

Combien y avait-il de parties, ayant un intérêt distinct, dans cette convention synallagmatique?

Il n'y en avait que deux :

D'un côté, le tiers ;

De l'autre, le mari et la femme;

Le tiers, qui devenait leur créancier;

Le mari et la femme, ensemble, qui devenaient ses débiteurs.

La femme avait-elle, dans cette convention, à l'encontre du tiers, un intérêt distinct de l'intérêt de son mari?

Non! (Comp. art. 1431.)

Cette convention avait uniquement pour but de constater, d'une part, la créance du tiers, et d'autre part, la dette du mari et de la femme envers lui; elle n'avait pas pour but de constater ni de régler les rapports, que l'exécution ultérieure de la convention pourrait faire naître ensuite, entre le mari et la femme; rapports tout à fait étrangers au tiers, envers lequel ils s'engageaient en même temps tous les deux ;

Donc, il suffisait, à l'égard du tiers, aussi bien qu'à l'égard du mari et de la femme, dans leurs rapports avec le tiers, que l'acte fût rédigé en deux originaux. (Comp. Larombière, T. IV, art. 1325, n° 23.)

410. — Il suffit, en conséquence, aussi, lorsque plu-

sieurs personnes, ayant le même intérêt, figurent dans la convention, que l'unique original, qui les concerne, soit remis à l'une d'elles.

A laquelle?

A celle qu'il leur convient de désigner entre elles;

Sans qu'il soit nécessaire que l'acte mentionne la partie à laquelle l'original a été remis, ni s'il a été remis en présence des autres parties, ou séparément.

411. — Avons-nous besoin d'ajouter que la loi n'exige pas que tous les originaux de l'acte sous signature privée soient écrits de la même main ?

Qu'importe, en effet!

C'est ainsi que, souvent, les deux originaux sont écrits, en même temps : l'un, par la partie, qui dicte les termes de la convention; l'autre, par la partie, qui les écrit sous sa dictée.

412. — Peu importe même qu'il se rencontre quelques différences de rédaction entre l'un et l'autre original; ce qui arrive quelquefois, lorsque l'une des parties, ayant d'abord écrit le premier, écrit ensuite elle-même aussi les autres, en le recopiant avec plus ou moins de précipitation.

Pourvu, bien entendu, que ces différences ne soient que dans la forme, et n'affectent point le fond de la convention, de manière à mettre les originaux en contradiction les uns avec les autres.

S'il existait une contradiction, ou un défaut de conformité, au fond, entre les deux doubles, ce serait une question de fait et d'interprétation à décider par les magistrats, d'après les termes des deux actes et les circonstance de l'espèce.

Ils auraient notamment à examiner si ce défaut de conformité n'est pas le résultat d'une fraude pratiquée par l'une des parties contre l'autre. (Comp. Cass. 16 mars 1859, Guérin, Dev. 1859,I,611; Larombière, T. IV, art. 1325, n° 34 et 45.)

413. — Faut-il que les signatures de toutes les parties se trouvent sur chacun des originaux, qui ont été faits de l'acte ?

Nullement !

Il suffit que les originaux, qui sont remis à chacune des parties, portent la signature de toutes les autres.

Si, en effet, chacune des parties doit fournir, contre elle, un titre aux parties, envers lesquelles elle contractée une obligation, il est clair qu'aucune des parties n'a besoin de se fournir, à elle-même, un titre par sa propre signature !

Quelle signe donc les originaux, qui feront titre, au profit, des autres contre elle, cela est indispensable.

Mais il n'est pas nécessaire qu'elle signe l'original, qui fera titre, à son profit, contre les autres.

Et tel est, en effet, l'usage depuis longtemps pratiqué ; les parties, en fait, se contentant de l'échange de leurs signatures. (Comp. Cass. 13 oct. 1806, Sirey, 1807, I,923 ; Cass. 8 nov. 1842, Mattei, Dev. 1843,I,33 ; Bordeaux, 16 déc. 1844, Decescaud, Dev. 1845,II,548 ; Nancy, 23 juin 1849, Labourasse, Dev. 1852,II,454 ; Denizart, v° *Double écrit*, n°s 7-8 ; Merlin, *Répert.* v° *Double écrit*, n° 6 ; Toullier, T. VI, n° 344 ; Duranton, T. XIII, n° 156 ; Zachariæ, Aubry et Rau, T. IV, p. 383 ; Larombière, T. IV, art. 1325, n° 35.)

414. — Que les originaux soient signés en même temps ou séparément, dans le même lieu ou dans des lieux différents, il n'y a pas non plus à s'en enquérir. (Comp. Toullier, t. VI, n° 345.)

415. — 2° La seconde formalité du double écrit consiste, avons-nous dit, en ce que chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux, qui en ont été faits. (*Supra*, n° 406.)

Cette seconde formalité est la conséquence ou plutôt la sanction indispensable de la première.

Si, en effet, chaque original ne contenait pas la mention que l'article 1325 exige, que pourrait-il arriver?

C'est que chacune des parties pourrait, en supprimant son original, prétendre que l'acte n'a pas été fait double et qu'elle n'a pas un original en sa possession.

De sorte que l'absence de la mention requise par la loi, mettrait les parties dans la même position que si l'acte n'avait pas été fait double.

Aussi, faut-il poser, en principe, que les mêmes effets résultent de l'un et de l'autre de ces vices :

Soit de ce que l'acte n'a pas été faite en double original;

Soit de ce que chacun des originaux ne contient pas la mention qu'il a été fait double, ou plus généralement en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

416. — L'un des originaux seulement porte cette mention;

Et point l'autre!

Cette unique mention ne satisfait pas à la prescription de l'article 1325.

Car celle des parties, qui a en sa possession un original régulier, portant la mention du double, tiendrait l'autre partie à sa discrétion; elle pourrait, à son gré, soit supprimer son original, puisque l'autre original ne prouve pas, contre elle, qu'il a été fait double, soit le produire, pour demander l'exécution de la convention.

417. — Les deux actes portent la mention qu'ils ont été faits doubles.

Mais cette mention est mensongère; et l'acte n'a été rédigé qu'en un seul original.

Un tel acte ne serait pas non plus conforme aux prescriptions de l'article 1325.

Les parties seraient donc recevables à prouver la fausseté de cette mention, conformément aux principes généraux sur les preuves, c'est-à-dire soit par écrit, soit par

témoins ou par présomptions, avec un commencement de preuve par écrit, soit par l'aveu ou le serment.

Et si, en effet, cette preuve était faite, l'acte devrait être déclaré nul. (Comp. Cass. 25 fév. 1835, Dev., 1835, I, 225 ; Bordeaux, 23 nov. 1843, Charmant, Dev., 1844, II, 299 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 383 ; Larombiére, t. IV, art. 1325, n° 28.)

418. — Supposons l'hypothèse inverse :

De fait, l'acte a été rédigé en deux originaux.

Mais ces originaux ne portent pas la mention que chacun d'eux a été rédigé en double.

Si l'une des parties nie que l'acte ait été rédigé en double original, l'autre partie sera-t-elle recevable à fournir la preuve de ce fait, que l'acte a été rédigé en autant d'originaux que l'article 1325 l'exigeait?

Assurément non !

C'est dans chacun des originaux, par la mention qu'il doit en contenir, que, d'après le texte même de l'article 1325, doit se trouver la preuve que l'acte a été fait double.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi, pour que le but du législateur puisse être atteint.

Ce que le législateur a voulu, c'est précisément de rendre impossible toute dénégation mensongère de la part de celui des contractants qui prétendrait que l'acte n'a pas été fait double ; c'est, par suite, en mettant les deux contractants dans une parfaite égalité de situation, de prévenir toutes les discussions de fait.

Donc, rien ne peut suppléer la mention, que l'article 1325 exige dans l'acte même.

Et il faut rejeter toute autre preuve que l'un des contractants entreprendrait d'en fournir, en dehors de l'acte.

L'un des contractants offrait de fournir cette preuve par témoins.

La Cour de Bourges l'a rejetée, par application de l'article 1341, qui n'admet la preuve testimoniale que

sous des conditions, dans lesquelles le demandeur ne se trouvait pas. (Comp. 29 mars 1831, Dev., 1832, II, 82.)

Un tel motif est, suivant nous, insuffisant.

Le vrai motif qui devait faire rejeter cette demande, est plus général.

C'est qu'aucune preuve, même par écrit ou par serment, ne saurait être admise pour suppléer le défaut de mention, qui doit se trouver dans l'acte même. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 383; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 29.)

419. — Celui des contractants, qui produit lui-même l'original dont la remise lui a été faite, peut-il se prévaloir de l'absence de la mention requise par la loi?

Non! a-t-on répondu. (Comp. Grenoble, 4 avril 1829, Dev., 1830, II, 67; Marcadé, art. 1325, n° 2: Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 383; Bonnier, n° 686).

Mais si naturelle que puisse, à première vue, paraître cette réponse, nous ne croyons pas qu'elle soit juridique; et c'est oui, au contraire, suivant nous, qu'il faut répondre.

Les parties, en effet, d'après l'article 1325, sont présumées légalement avoir subordonné leur convention à la condition que l'acte sous seing privé, qu'elles en dressaient, serait régulier et parfait;

Or, il n'est régulier et parfait qu'autant que la mention du double se trouve dans chacun des originaux;

Donc, à défaut de cette mention, la condition à laquelle leur convention était subordonnée, ne s'est pas accomplie; et, par suite, cette convention ne s'est pas formée.

Donc, chacune des parties, même en montrant son original, peut se prévaloir du défaut de mention; et c'est même, pour chacune d'elles, le moyen de s'en prévaloir que de montrer cet original dans lequel la mention du double fait défaut.

C'est ce que nous espérons démontrer bientôt. (*Infra*, n° 426.)

420. — D'après une opinion très-accréditée, la mention ainsi conçue : *que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct,* remplit suffisamment le vœu de la loi, bien qu'elle ne soit pas accompagnée de l'indication du nombre de ces originaux. (Comp. Lyon, 18 fév. 1832, Dev., 1833, II, 757; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 383; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 27.)

Mais cette opinion n'est pas, à notre avis, conforme au texte de la loi, ni au motif essentiel sur lequel il est fondé :

1° L'article 1325, en effet, ne se borne pas à dire, dans son premier alinéa, que les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, doivent être faits *en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.*

Cet article ajoute que :

« Chaque original doit contenir la mention *du nombre des originaux qui en ont été faits.* »

Et le dernier alinéa explique parfaitement le sens de cette disposition, déjà très-claire par elle-même, en disposant que :

« Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits *doubles, triples*, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté, de sa part, la convention portée dans l'acte. »

L'intention du législateur ne paraît pas d'ailleurs laisser plus de doute que le texte :

« Il faut aussi, disait M. Bigot-Préameneu, que, dans chaque orignal, il soit énoncé *en combien de doubles il a été fait.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 397.)

2° C'est que, en effet, la mention, ainsi formulée, satisfait, d'une manière beaucoup plus complète et plus sûre, au vœu de la loi.

Combien y a-t-il, dans telle ou telle convention, de parties ayant un intérêt distinct?

Cela n'apparaît pas toujours, il s'en faut bien, indubitablement. (Comp. *supra*, n°s 390 et suiv.)

De sorte que la seule mention que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, ne permet pas d'affirmer que chacune de ces parties intéressées a eu son original. Ne se peut-il pas, en effet, que les parties aient considéré comme ayant le même intérêt des parties, qui avaient un intérêt distinct?

Le vrai moyen donc d'éviter ces incertitudes, c'est de mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits.

Telle est, en effet, la pratique usuelle, et, nous pourrions dire, populaire. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 288 *bis*, VI ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 501.)

421. — II. Nous avons maintenant à exposer quel est l'effet de l'inaccomplissement de la formalité des doubles, telle que l'article 1325 l'exige. (*Supra*, n° 389.)

Une convention synallagmatique, une vente, par exemple, a eu lieu entre Pierre et Paul, par un acte sous signature privée.

Mais cet acte n'a pas été fait en double original ;

Ou, ce qui revient au même, la mention du *fait double* ne se trouve pas dans chacun des originaux qui en ont été faits. (Comp. *supra*, n° 415.)

La question, qui en résulte, est celle-ci :

La convention elle-même est-elle nulle; de sorte que l'existence n'en puisse être établie par aucun autre mode de preuve?

Ou n'y a-t-il de nul que l'acte sous seing privé; de sorte que l'existence de la convention puisse être prouvée d'une autre manière?

Telle est la thèse que nous abordons, thèse fort controversée.

422. — Trois systèmes sont en présence :

Le premier décide que l'existence de la convention peut être prouvée par tous les moyens ; non-seulement sans le secours de l'acte sous seing privé, qui n'a pas été fait

double, par le serment, par l'interrogatoire sur faits et articles, mais encore avec le secours de cet acte, qu'il admet comme commencement de preuve par écrit, à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale et aux présomptions.

Le second système distingue entre les différents modes de preuve; il admet ceux qui peuvent se passer du secours de l'acte sous seing privé; il rejette ceux qui ont besoin du secours de cet acte.

Enfin, d'après le troisième système, l'existence de la convention ne peut être établie par aucun mode de preuve; elle ne peut résulter que de la seule preuve que le texte de l'article 1325 réserve; à savoir : de l'exécution, que la convention aurait reçue de la part des contractants ou de l'un d'eux.

423. — Les deux premiers systèmes partent ensemble de cette commune prémisse; à savoir : que, dans le cas prévu par le législateur dans l'article 1325, la convention est distincte et indépendante de l'acte sous signature privée, qui devait la constater.

Ils raisonnent ainsi :

1° L'article 1325 se borne à disposer que *les actes sous seing privé*, qui contiennent des conventions synallagmatiques, *ne sont valables* qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distiuct.

Ce n'est donc que l'acte lui-même qu'il déclare nul, ou plutôt qu'il déclare *non valable*, c'est-à-dire insuffisant et incomplet.

Sa disposition n'atteint pas *la convention* elle-même; et, par conséquent, d'après le texte de la loi, cette irrégularité de l'acte matériel n'a pas d'influence sur le sort de la convention.

Il s'agit, en un mot, dans l'article 1325, d'une simple nullité de forme.

2° C'est que, en effet, d'après les principes généraux,

l'écriture n'est pas une condition de la validité des conventions, excepté seulement pour certaines conventions que l'on appelle solennelles, et qui forment précisément autant d'exceptions à la règle générale. (Art. 1108.).

3° Cette règle a été maintenue dans l'article 1325, par les rédacteurs du Code Napoléon, qui se sont bien gardés de l'exagération dans laquelle était tombée la jurisprudence du Parlement de Paris.

Sous l'empire de notre Code, la véritable explication de l'article 1325 est donc celle-ci :

« Lorsqu'un acte contenant une convention synallagmatique n'a été rédigé qu'en un seul original, la partie contre laquelle l'exécution de la convention est poursuivie, peut, sans dénier la signature apposée à l'acte qu'on lui oppose, soutenir, avec quelque apparence de raison, que la convention est demeurée à l'état de simple projet, et que si elle avait entendu s'engager définitivement, elle n'aurait pas manqué d'exiger la remise d'un second original, afin de se trouver en mesure d'administrer la preuve de la convention. C'est en admettant que les choses ont pu se passer ainsi, que le législateur a cru devoir refuser à l'acte rédigé en un seul original, la vertu de prouver, d'une manière complète, la conclusion définitive d'une convention synallagmatique. » (Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. IV, p. 379.)

424. — Mais, après avoir admis ensemble cette prémisse, les deux premiers systèmes se divisent sur la question de savoir de quelle manière la convention pourra être prouvée.

a. D'après le premier système, cette preuve peut être faite par tous les moyens.

Et l'acte sous seing privé, non fait double, peut servir de commencement de preuve par écrit, pour rendre admissibles la preuve testimoniale et les présomptions.

Aux termes de l'article 1347 :

« On appelle ainsi (commencement de preuve par

« écrit), tout acte par écrit, qui est émané de celui contre « lequel la demande est formée, et qui rend vraisem- « blable le fait allégué. »

L'acte sous seing privé, non fait double, dans le cas prévu par l'article 1325, réunit-il ces trois conditions?

Évidemment oui, dit-on.

1° C'est un acte par écrit.

2° C'est un acte émané de celui contre lequel la demande est formée; la nullité de forme, qui l'affecte, ne l'atteint pas dans son existence matérielle ; il existe toujours comme écrit.

3° C'est un acte qui rend vraisemblable le fait allégué !

Donc, sur tous les points de vue, il a les caractères requis par la loi pour un commencement de preuve par écrit. (Comp. Bordeaux, 3 mars 1826, Sirey, 1826, II, 267 ; Besançon, 12 juin 1828, Sirey, 1828, II, 74 ; Grenoble, 2 août 1839, Bouvier, Dev., 1840, II, 194 ; Nîmes, 18 nov. 1851, Séguis, Dev., 1852, II, 363 ; Cass., 28 nov. 1864; Rothan, Dev., 1865, I, 5 ; Merlin, *Répert.*, v° *Double écrit*, n° 8, 3° ; Delvincourt, t. II, p. 615 ; Toullier, t. IV, n° 322, et t. V, n°s 64-85; Boncenne, *Théorie de la procédure*, t. IV, n° 197 ; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 23 ; Solon, *des Nullités*, t. II, n°s 29 et suiv. ; Marcadé, art. 1347, n° 5 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 385 ; Massé et Vergé, t. III, p. 500 ; Bonnier, t. II, n° 689; Colmet de Santerre, t. V, n° 288 *bis*, x ; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 38 ; Dissertation de M. le conseiller Pont, *Revue critique*, 1864, t. XXV, p. 481 et suiv.)

425. — *b*. Le second système admet bien aussi, pour établir l'existence de la convention, les moyens de preuve en dehors de l'acte sous signature privée, c'est-à-dire les moyens, qui sont communs aux deux parties.

Que l'une défère le serment à l'autre ; qu'elle la fasse interroger sur faits et articles !

« L'autre, dit Duranton, peut en faire autant. » (T. XIII, n° 164.)

Mais ce système s'oppose à ce que l'acte lui-même soit considéré comme un commencement de preuve par écrit, pouvant autoriser la preuve testimoniale et les présomptions.

Quel est le but essentiel de la disposition de l'article 1325 ?

C'est de maintenir l'égalité de position judiciaire entre les parties, qui ont fait une convention synallagmatique; c'est d'empêcher ce résultat illogique et inique que, dans cette convention, qui doit obliger chacune d'elles réciproquement et également, l'une ait, contre l'autre, un moyen de preuve, qui manquerait à celle-ci.

Or, ce but ne serait pas atteint, si l'acte sous seing privé non fait double produisait un effet quelconque, même seulement de commencement de preuve par écrit; il est évident que les parties ne seraient plus alors, ainsi que le veut la loi, *sur le pied d'une égalité parfaite*, puisque celle des deux qui aurait en sa possession l'unique original de l'acte, aurait un moyen de preuve que l'autre partie n'aurait pas.

Donc, il est impossible de faire produire à cet acte un effet, quel qu'il soit, au profit de l'une des parties seulement contre l'autre, sans violer le texte même de l'article 1325, qui dispose que cet acte n'est pas valable, et sans se mettre en contradiction avec le motif fondamental, qui l'a dicté. (Comp. Paris, 27 nov. 1811, Sirey, 1812, II, 60; Colmar, 6 mars 1812, Sirey, 1812, II, 275; Aix, 23 nov. 1813, Sirey, 1814, II, 209; Amiens, 15 juill. 1826, Sirey, 1828, II, 175; Bourges, 29 mars 1831, Dev., 1832, II, 82; Bastia, 11 juill. 1838, Dev., 1838 II, 150; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. III, p. 502; Duvergier sur Toullier, t. V, n° 322, note *a'*; Duranton, *loc. supra cit.*; Favart, *Répert.*, v° *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 2, n° 10; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. I, n° 125).

426. — *c.* Nous n'admettons, pour notre part, ni l'une ni l'autre des opinions, qui précèdent.

Et nous tenons, au contraire, pour la troisième opinion, qui décide que, dans le cas où la formalité de l'article 1325 n'a pas été accomplie, l'existence de la convention ne peut être établie par aucun mode de preuve, si ce n'est par celui-là seulement, que réserve cet article, et qui résulte de l'exécution, que la convention aurait reçue :

1° Les textes même nous paraissent d'abord formels en ce sens.

Aux termes de l'article 1352, second alinéa :

« Nulle preuve n'est admise contre la présomption de « la loi, *lorsque, sur le fondement de cette présomption*, « *elle annulle certains actes*, ou dénie l'action en justice, « à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et « sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judi- « ciaire; »

Or, l'article 1325 annule les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, lorsque la double formalité qu'il exige, n'y a pas été remplie ; et il ne réserve la preuve contraire qu'autant que cette preuve résulte de l'exécution de la convention portée dans l'acte ;

Donc l'article 1325, combiné avec l'article 1352, décrète une présomption légale, qui s'oppose à ce que l'on entreprenne d'établir l'existence de la convention par aucun autre mode de preuve.

Mais non! s'écrie-t-on, l'article 1325 *n'annulle* pas les actes sous seing privé, qui manquent de la formalité prescrite; il se borne à disposer que *ces actes ne sont pas valables !* (Toullier, *loc. supra cit.*)

M. Bonnier, l'un des partisans déclarés de la doctrine, que nous combattons, reconnaît lui-même que cette nuance est imperceptible, et que *l'argument est peu sérieux* (n° 688) ; et tel est certes bien aussi notre avis. Comment! un acte, que la loi déclare *non valable*, ne serait pas un *acte nul* ! Que serait-il donc ?

On objecte encore que l'article 1325 annule seulement l'*acte* et non pas la *convention*, et qu'il y a d'autant plus lieu de s'en tenir à ses termes, qu'il s'agit ici de la question de forme et de preuve, et non pas de la question de fond et de validité de la convention.

La réponse nous paraît facile.

Le mot : *acte* est, en effet, celui qui a toujours été employé dans cette matière spéciale du double écrit :

« Tout *acte*, qui contient des engagements réciproques entre deux parties, est nul, s'il n'est fait double, » disait Denisart, en rapportant les arrêts même du Parlement de Paris, qui ont fondé cette doctrine. (V° *Double écrit*, n° 1.)

Or, il est incontestable que le mot : *acte* a toujours, dans cette matière, désigné la convention qui, en effet, était nulle elle-même, dans notre ancienne jurisprudence.

Donc, le législateur du Code Napoléon, employant ce même mot dans cette même matière, a dû certainement y attacher aussi le même sens.

Et voilà comment une formalité, qui se rapporte, par elle-même, à une question de forme et de preuve, s'est toujours transformée en une question de fond et de validité de la convention, parce que, en effet, les deux questions, en ce point, sont indivisibles.

La Cour de Riom l'a très-justement remarqué :

« Considérant que le défaut de plusieurs originaux pour un acte de cette nature, (une convention synallagmatique), ne constitue pas l'omission d'une forme, mais bien une cause substantielle de nullité. » (Arrêt du 13 juin 1855, Michy, Dev., 1856, II, 273.)

Nous croyons avoir fait notre démonstration au point de vue du texte même de la loi ; et, si nous ne nous abusons pas, il est établi que le texte, en effet, décrète une présomption légale contre laquelle aucune preuve ne peut être admise, si ce n'est celle qu'il a réservée, et qui résulte de l'exécution de la convention.

2° Nous ajoutons que cette présomption de la loi est fondée sur le motif le plus sérieux ; à savoir : sur l'interprétation, généralement très-exacte, de la commune intention des parties contractantes.

Il ne faut pas expliquer la théorie du double écrit par ce motif abstrait et absolu, qui en était autrefois donné, que les parties, qui font une convention synallagmatique, doivent être nécessairement, toujours, au point de vue des moyens de preuve, dans une parfaite égalité de position judiciaire. Nous avons déjà démontré que cette explication n'est nullement juridique ; et elle n'a pas peu contribué, sans doute, à mettre la théorie des doubles en ce mauvais renom, qu'elle a conservé. (*Supra*, n° 386.)

Nous ne dirons pas davantage, ainsi que le font la plupart des partisans de la doctrine, que nous combattons, que le législateur a présumé que la convention synallagmatique, dans laquelle la formalité des doubles n'a pas été remplie, n'était, dans la pensée des parties contractantes, qu'un simple projet.

Cette explication nouvelle ne nous paraît pas plus admissible que l'ancienne.

Considérer comme un simple projet une convention, qui, presque toujours, disons mieux même, toujours se trouve constatée au complet, dans un acte écrit, qui en relate, avec les plus minutieux détails, toutes les clauses dans les termes les plus définitifs, c'est impossible ! Non ! il n'y a pas là un simple projet. Une telle explication est contraire à la vérité évidente du fait, tel qu'il se produit dans la pratique.

Ce qui est vrai, c'est que cette convention, que les parties entendaient conclure définitivement, elles n'entendaient la conclure que conditionnellement, c'est-à-dire sous la condition que l'acte sous seing privé qu'elles étaient convenues d'en dresser, serait régulier, et qu'il fournirait, en conséquence, à chacune d'elles, un égal moyen de la prouver.

Or, l'acte sous seing privé, lorsqu'il contient une convention synallagmatique, n'est point régulier, et il ne fournit pas, à chacune des parties, un égal moyen de preuve, lorsque la formalité des doubles n'y a pas été observée.

Donc, c'est la convention elle-même, dans ce cas, qui tombe, par suite de l'inaccomplissement de la condition, sous laquelle elle avait été formée.

Telle est la vraie base et la seule explication possible, suivant nous, de l'article 1325, et de la présomption légale qu'il décrète.

Cette base avait été posée déjà par Justinien, dans sa Constitution 17, au Code (*De fide instrumentorum*), qui est reproduite dans ses *Institutes* (*De Emptione et venditione, princi*).

Dans notre ancien droit, Pothier, approuvant la décision *de cette fameuse loi*, posait aussi la même règle :

« Quoique le seul consentement des parties suffise pour la perfection des contrats consensuels, néanmoins, disait-il, si les parties, en contractant une vente ou un louage ou quelque autre espèce de marché, sont convenues d'en passer un acte par-devant notaire, avec intention que le marché ne serait parfait et conclu que lorsque l'acte aurait reçu sa forme entière par la signature des parties et du notaire, le contrat ne recevra effectivement sa perfection que lorsque l'acte du notaire aura reçu la sienne.... » (*des Obligations*, n° 11.)

Voilà notre théorie des doubles !

C'est la règle de Justinien et de Pothier, dont le législateur a fait une application spéciale aux actes sous signature privée, qui contiennent des conventions synallagmatiques.

3° Les travaux préparatoires du Code ne nous paraissent laisser, à cet égard, aucun doute.

Et, en présence des déclarations très-précises des auteurs mêmes de la loi, nous avons peine à comprendre

qu'il soit possible de soutenir que l'unique sanction, que le législateur ait attachée à l'inobservation de la formalité des doubles, est seulement la nullité de *l'acte matériel*, et non pas la nullité de *la convention elle-même*.

Comment M. Bigot-Préameneu exprimait-il cette sanction, dans son *Exposé des motifs :*

« .... *L'engagement* doit être considéré comme s'il n'était pas réciproque; et dès lors il est nul. » (Locré, *Legislat. civ.*, t. XII, p. 397.)

Et M. Jaubert, *dans son Rapport au Tribunat :*

« Les motifs sont évidents; *c'est parce qu'il ne peut y avoir de contrat synallagmatique*, que lorsque les parties sont également liées, et que cette égalité de lien n'existe pas, lorsqu'il dépend de l'un des contractants de se soustraire, à son gré, à l'exécution de l'acte ou d'en réclamer l'accomplissement. » (Locré, *loc. cit.*, p. 511-512.)

Ces explications sont inexactes! s'écrient MM. Aubry et Rau. (T. IV, p. 380).

Et M. Bonnier ajoute qu'il n'y faut voir *qu'une réminiscence de l'ancienne doctrine*. (n° 685, note 1.)

Nous remarquerons d'abord que ces explications sont formelles, et qu'il en résulte, de la manière la plus précise, que le législateur de notre Code a entendu que l'inobservation de la formalité du double écrit entraînerait la nullité, non pas seulement de L'ACTE MATÉRIEL, mais bien aussi de L'ENGAGEMENT, DU CONTRAT, DE LA CONVENTION.

Et quand M. Bonnier objecte que cette théorie n'est autre que l'ancienne doctrine, nous répondons : assurément oui!

L'ancienne doctrine, amendée, améliorée par la disposition finale de notre article 1325, qui en a corrigé l'exagération, en admettant que l'exécution de la convention ferait preuve que cette convention n'avait pas été subordonnée conditionnellement à la perfection de l'acte sous seing privé, qui devait la constater.

Mais, avec cet amendement, c'est l'ancienne doctrine du double écrit, que notre Code a consacrée.

Est-ce que cette doctrine ne procède pas, en effet, de la jurisprudence du Parlement de Paris?

Notre savant collègue, M. Bonnier, ne le reconnaît-il pas, lorsqu'il dit que.... « *les rédacteurs du Code ont maintenu l'idée fondamentale de la théorie des doubles, qui n'accorde d'effet à l'écrit qu'autant qu'il a pu servir également de titre à l'un et à l'autre des contractants.* » (N° 688.)

Nous ne disons pas autre chose!

Tel est, sur cette thèse, le système, que nous proposons.

Non-seulement il nous paraît, historiquement et juridiquement, le seul vrai.

Nous ajoutons qu'ainsi expliquée, la théorie des doubles, loin de mériter les reproches excessifs, qu'elle a encourus, est, suivant nous, tout à fait rationnelle.

427. — Cette théorie, au contraire, nous paraît tout à fait inexplicable dans les systèmes dissidents!

En admettant que la convention peut être valable, quoique l'acte, qui devait la constater, soit nul, ces systèmes méconnaissent la pensée fondamentale, qui a inspiré au législateur la disposition de l'article 1325; et, par suite, ils en viennent à rendre cette disposition illusoire, et à l'abolir!

1° En effet, le législateur a voulu, par l'article 1325, établir une parfaite égalité de position judiciaire, quant à la preuve, entre les parties qui font une convention synallagmatique par acte sous seing privé; et, en conséquence, il a présumé que leur commune intention a été de subordonner conditionnellement l'existence de leur convention à l'accomplissement de la formalité qu'il a instituée pour atteindre le but d'égalité, qu'il se propose.

Or, ce but ne sera jamais atteint, si l'on sépare le sort de la convention du sort de l'acte, qui était destiné à en constater l'existence, et si on admet l'une des parties

à prouver, de quelque manière que ce soit, la validité de la convention, malgré la nullité de l'acte.

Donc, il faut absolument, dans la théorie des doubles, que la nullité de l'acte entraîne la nullité de la convention.

2° Un seul original a été fait.

Et vous dites :

Celle des parties, qui l'a en sa possession, sera admise à prouver l'existence de la convention :

Soit par tous les moyens, par l'interrogatoire sur faits et articles, par le serment, même par témoins et par présomptions, avec le secours de cet acte unique, qui lui servira de commencement de preuve par écrit, suivant l'un des systèmes;

Soit sans le secours de l'acte, suivant l'autre système, par l'interrogatoire sur faits et articles, et par le serment.

Mais nous leur répondons à tous les deux, qu'ils établissent ainsi la plus choquante des inégalités entre les parties.

Celle qui a l'original en sa possession, est, en effet, munie, contre l'autre, d'une arme telle, que le combat, pour celle-ci, devient inacceptable sur le terrain où son adversaire, dit-on, peut la placer.

Avez-vous consenti cette convention?

Assurément oui! elle l'a consentie; son adversaire a dans ses mains un acte signé d'elle, qui en fournit la preuve complète.

L'avez-vous consentie définitivement?

Assurément encore!

Cet acte le prouve aussi complétement; et, dans la pratique, il en sera toujours ainsi ; l'acte, même non fait double, constate, en effet, toujours une convention définitivement arrêtée.

Si donc c'est sur ce terrain-là que vous autorisez celle des parties, qui a dans ses mains l'unique original de l'acte, à placer son adversaire, ne prenez pas tant de soin !

Tous vos suppléments de preuve sont inutiles.

Dites tout de suite que l'acte sous seing privé fait preuve de la convention, au profit de celle des deux parties, qui a, dans ses mains, le seul original qui en a été fait.

Cette déduction nous paraît irrésistible.

Et voilà comment nous sommes autorisé à affirmer que les systèmes dissidents doivent fatalement aboutir à effacer l'article 1325 de notre Code.

428. — Celui de ces deux systèmes, qui n'admet, pour prouver la convention, que les moyens qui peuvent se passer du secours de l'original unique qui a été fait, n'échappe pas plus que l'autre à l'argumentation, que nous venons de produire.

L'apparence d'équité, par laquelle ont été séduits les jurisconsultes qui le proposent, est, en effet, tout à fait trompeuse :

1° La partie, qui a l'original dans ses mains, peut, disent-ils, déférer le serment à l'autre partie, et la faire interroger sur faits et articles.

« *L'autre partie,* ajoute Duranton, *peut en faire autant.* » (*Supra* n° 425.)

D'où il conclut que la position judiciaire est égale entre elles.

Mais il s'en faut bien!

N'oublions pas, en effet, l'espèce de preuve, que vous autorisez de la part de celle des parties, qui a, dans ses mains, l'unique original de l'acte.

Vous l'autorisez à prouver contre l'autre partie :

1° Qu'elle a consenti la convention;

2° Qu'elle l'a consentie définitivement.

Et quand cette partie a cette double preuve consignée dans un acte écrit; tandis que l'autre ne l'a pas, vous dites que la position judiciaire est égale!

Mais, évidemment non!

Et si l'autre partie acceptait la lutte sur ce terrain,

tous ces moyens-là seraient de véritables piéges, où elle serait inévitablement prise, puisque son adversaire a l'acte écrit, signé d'elle, qui prouve la convention même qu'on lui porte le défi de nier!

2° Et puis, quelle étrange théorie que celle des doubles dans un tel système!

Comment! il y aurait là, dans la main de l'une des parties, un acte écrit constatant, clairement et complétement, l'existence de la convention; et le législateur, tout en admettant la preuve de cette convention, dirait à la partie qu'il autoriserait à la faire : « Cachez bien votre acte écrit! Les juges ne doivent pas le connaître! »

Certainement, suivant nous, la vérité n'est pas là!

429. — Elle n'est pas, à notre avis, non plus dans l'autre système, qui admet tous les modes de preuves pour établir l'existence de la convention, et qui considère l'original unique, qui en a été fait, comme un commencement de preuve par écrit, pour donner passage à la preuve testimoniale et aux présomptions :

1° Il nous paraît impossible de considérer comme un commencement de preuve, un acte qui fait preuve de la convention de la manière la plus irrécusable!

En fait, d'abord on sait qu'il en est toujours ainsi. L'acte, qui n'a pas été fait double, ou qui ne porte pas la mention *fait double*, est un acte qui prouve que la convention a été consentie définitivement. Nous avons même vu des espèces, dans lesquelles ce mot s'y trouvait; c'étaient des transactions; l'original unique, qui en avait été rédigé et qui se trouvait aux mains de l'une des parties, portait « *qu'après plusieurs conférences, les parties, dans un esprit de conciliation, avaient arrêté la convention suivante...* »

Demanderez-vous à prouver, contre la partie qui n'a pas d'original, qu'elle a consenti la convention?

Demanderez-vous à prouver qu'elle l'a consentie définitivement?

A quoi bon?

L'acte lui-même prouve ces deux faits de la manière la plus certaine.

Et si la convention peut être prouvée, malgré l'inobservation de la formalité des doubles, cet acte suffit complétement à la prouver.

Il est *une preuve!* il n'est pas, il ne saurait être *un commencement de preuve !*

2° C'est que, effectivement, un commencement de preuve par écrit est nécessairement une preuve casuelle et indirecte :

Casuelle, qui n'a pas été faite *ad hoc*, dans le but de prouver la convention;

Indirecte aussi, par suite, et qui ne la prouve ou plutôt, suivant les termes mêmes de l'article 1347, qui ne la rend seulement *vraisemblable*, que par voie d'induction et de conséquence.

Or, tout autre est l'acte sous seing privé, quoique non fait double, qui a été écrit pour constater une convention synallagmatique.

Il est une preuve, non pas casuelle, mais préconstituée, faite tout exprès *ad hoc!*

Il est une preuve directe, constatant cette convention, en effet, carrément, directement.

3° Mais, s'écrie-t-on, c'est *a fortiori* que cet acte, qui constitue un *titre* écrit, pourra servir de commencement de preuve par écrit !

« N'est-il pas certain, en doctrine et en jurisprudence, dit M. Pont, qu'une simple note, pourvu qu'elle émane de la partie à laquelle on l'oppose, peut, alors même qu'elle n'est pas signée et qu'ainsi elle n'a pas même l'apparence d'un titre, être prise par le juge comme constituant un commencement de preuve par écrit? Comment donc l'inobservation de la formalité du double écrit pourrait-elle faire qu'il fût interdit au juge d'attribuer le même caractère à un acte revêtu de la signature

de celui à qui on l'oppose, et auquel il ne manque, *pour faire preuve complète de la convention,* que d'avoir été fait en double? » (*Revue critique,* 1864, t. XXV, p. 484.)

Le même argument est produit dans une note du *Recueil* de Devilleneuve, sur l'arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1864 :

« A plus forte raison, dit l'arrêtiste, le commencement de preuve par écrit y sera, *si l'acte invoqué ne laisse point de doute par le fait du contrat.* » (Dev. 1864, I, 6.)

Cet argument est, à notre avis, complètement inadmissible.

Il y a là une confusion de mots et d'idées, contre laquelle il est, au contraire, essentiel de se mettre en garde.

Non! un acte écrit, qui forme une *preuve complète de la convention,* un acte écrit, *qui ne laisse aucun doute sur le fait du contrat,* un tel acte ne saurait être présenté, sans un renversement de toutes les notions sur la matière de preuves, *comme un commencement de preuve par écrit !*

Un tel acte étant donné, il n'y a pas de milieu :

Il faut qu'il prouve tout ou qu'il ne prouve rien.

La plus élémentaire logique s'oppose à ce que cette preuve, *très-directe* et *très-pleine,* soit considérée comme un simple commencement de preuve!

Si donc vous permettez de prouver la convention à l'aide de cet acte, vous n'avez pas besoin d'autre preuve. Toute instruction est inutile; elle n'aurait d'autre résultat que d'entraîner les parties dans des frais et des lenteurs.

Mais il faut que l'on convienne que voilà l'article 1325 effacé de notre Code!

Et la convention synallagmatique va pouvoir être prouvée, au moyen de l'acte non fait double, par la partie, qui a cet acte en sa possession, contre l'autre partie qui ne l'a pas.

4° On prétend que notre système réduit l'article 1347 *à une lettre morte, à une théorie sans application.*

« Il est rare, en effet, dit-on, que le commencement de

preuve par écrit ne soit pas à la disposition de celui-là seul qui l'invoque; en sorte que, suivant l'objection dans ses conséquences directes et toutes naturelles, il faudrait dire que, dans la plupart des cas, sinon toujours, l'article 1347 doit rester inapplicable, puisque, dans la plupart des cas où le commencement de preuve par écrit est invoqué pour arriver à la preuve testimoniale, l'écrit, d'où on le fait résulter, est exclusivement à la disposition de celui qui s'en prévaut... » (M. Pont, *loc. supra cit.*)

Oui, sans doute, le commencement de preuve par écrit est toujours à la disposition exclusive de celui qui s'en prévaut.

Mais pourquoi?

Précisément parce qu'il n'est pas *un titre*, parce qu'il n'est pas *une preuve conventionnelle*.

Tout autre est notre hypothèse! Toute différente notre question!

Pourquoi disons-nous que l'acte sous seing privé non fait double ne peut pas servir de commencement de preuve par écrit?

C'est parce que la convention synallagmatique, qu'il contient, n'a été consentie par les parties que sous la condition que cet acte serait fait double et qu'il en résulterait, pour chacune d'elles, une preuve préconstituée complète;

Or, la condition n'a pas été accomplie;

Donc, cet acte doit tomber tout entier, emportant, dans sa nullité, la convention dont il devait fournir également, pour chacune des parties, la preuve.

Il doit tomber tout entier, par l'effet de cette commune intention des parties, dont l'article 1325 a fait une présomption légale.

Il n'y a rien de pareil dans la théorie du commencement de preuve par écrit, parce que ce commencement de preuve est toujours une preuve casuelle et indirecte.

Nous déclarons donc ne point apercevoir la portée de l'objection, qui consiste à dire que nous annulons l'article 1347, qui définit le commencement de preuve par écrit.

430. — C'est que, en effet, il ne faut pas perdre de vue l'hypothèse spéciale de l'article 1325.

Ce que l'article 1325 suppose, ce n'est pas seulement que les parties ont fait une convention synallagmatique.

Il suppose qu'elles ont fait une convention synallagmatique par écrit, en la rédigeant dans un acte sous signature privée.

Et, dans cette hypothèse, il présume que cette convention a été faite sous la condition que l'acte serait rédigé en double original.

En dehors donc de ce cas, lorsque les parties, par exemple, traitent verbalement, les principes du droit commun reprennent leur empire; tous les modes de preuve, l'interrogatoire sur faits et articles, et le serment, et la preuve testimoniale, s'il y a lieu, avec un commencement de preuve par écrit, sont admissibles ;

Et cela, certainement, lors même que ces moyens de preuve ou ce commencement de preuve ne seraient pas réciproques ; car elles n'ont pas fait alors de cette réciprocité une condition de leur convention.

Aussi, a-t-il été toujours, pour nous, d'évidence que l'on peut faire une convention synallagmatique par correspondance, *per epistolam.*

Toullier, pourtant, avait exprimé d'abord la doctrine contraire, croyant que l'impossibilité de faire par lettres missives une convention synallagmatique, était une conséquence de l'article 1325. (T. V. n° 325.)

Mais le savant auteur s'est ensuite départi de cette doctrine.

Et avec grande raison, sans doute !

Car il est manifeste que les parties, qui ne rédigent

pas un acte sous seing privé pour constater leur convention synallagmatique, n'entendent pas subordonner la validité de cette convention à la validité d'un acte, qu'elles ne rédigent pas !

Elles sont donc alors en dehors des termes de l'article 1325.

431. — Mais elles rentrent, au contraire, dans les termes de cet article, lorsqu'elles dressent un acte sous seing privé, pour constater leur convention synallagmatique.

Dans ce cas, en effet, leur convention est légalement présumée faite sous la condition que l'acte sera double et portera la mention du double.

Et, pour notre part, voici le conseil que nous donnons à celui des contractants, qui n'a pas un original de la convention synallagmatique, qu'il a consentie par acte sous signature privée.

Vous demande-t-on si vous avez consenti cette convention ?

Répondez : oui !

Vous demande-t-on si vous l'avez consentie définitivement ?

Répondez : oui !

Mais, de suite, ajoutez que vous l'avez consentie conditionnellement, à savoir : sous la condition que l'acte sous seing privé, qui devait la constater également pour chacune des parties, serait rédigé en double original, et porterait la mention : *fait double.*

Comment, en présence d'une telle défense, serait-il possible de déclarer la convention valable, et d'en ordonner, contre lui, l'exécution comme d'une convention pure et simple, faite verbalement, et que les parties n'auraient pas soumise à la condition d'un acte écrit !

Que le double original n'ait pas été fait par oubli, par négligence, ou par ignorance, il n'importe !

Vous n'avez pas le droit d'en rechercher le motif.

La présomption légale est là, qui protége le contractant, dès qu'il n'a pas en sa possession un original de l'acte sous-seing privé.

432. — Mais pourrait-on demander à prouver, contre lui, qu'il n'a pas entendu contracter conditionnellement, c'est-à-dire qu'il n'a pas entendu subordonner la validité de la convention à la condition que l'acte sous seing privé, qui devait la constater, serait fait double?

Pourrait-on, par exemple, lui déférer le serment sur ce point?

Un arrêt de la Cour de Caen paraît décider l'affirmative :

« Considérant que, par cela même que les parties prennent le soin de rédiger leur convention par écrit, on présume naturellement qu'elles ont entendu en faire dépendre la validité de celle de l'acte par lequel elles l'ont constatée; mais que, lorsqu'il est d'ailleurs légalement établi que la convention arrêtée était, dans leur intention, tout à fait indépendante de l'acte, l'exécution doit alors en être ordonnée, nonobstant la nullité de cet acte. » (13 juin 1842, Dupré, *Jurisprudence de la Cour de Caen*, t. VI, 1842, p. 421.)

On voit que la première partie de ce *Considérant* consacre la doctrine que nous venons de présenter; et l'autorité en est d'autant plus grande, que cette décision a été rendue sous la présidence de l'un des plus éminents magistrats de la Cour de Caen, et aujourd'hui des plus regrettés! M. Binard.

Toutefois, la seconde partie du *Considérant* et le dispositif de l'arrêt admettent qu'il pourra être légalement prouvé que la convention synallagmatique a été arrêtée, dans l'intention des parties, d'une manière indépendante de l'acte sous-seing privé, qui devait la constater.

Nous devons dire que cet amendement nous paraît contestable.

Les circonstances particulières de l'espèce, dans la-

quelle l'arrêt a été rendu, pourraient peut-être l'expliquer. Un seul original de l'acte sous seing privé, contenant une convention synallagmatique, était produit; il portait la mention : *Fait double.* Celle des parties, qui l'avait en possession, demanda, contre l'autre partie, l'exécution de la convention. Mais celle-ci soutenait que, en réalité, l'acte n'avait été fait qu'en un seul original, et que la mention : *Fait double*, était fausse; elle demandait, en conséquence, la nullité de la convention; et, à cet effet, l'autre partie, qui avait l'original, fut interrogée sur faits et articles. Dans cet interrogatoire, elle déclara qu'il était vrai que l'acte n'avait pas été fait double, mais qu'il avait été entendu que la convention n'était pas subordonnée conditionnellement à l'accomplissement de cette formalité.

Il y avait donc là une question d'indivisibilité d'aveu.

« Considérant, porte l'arrêt, que Dupré se trouve placé dans l'alternative ou de laisser à l'écart l'aveu de Join; et alors, il est en présence d'un acte régulier, qu'il n'a aucun moyen d'attaquer; ou de prendre droit par cet aveu; et alors, s'il est prouvé que l'acte est nul, il est en même temps prouvé que la convention, qu'il constate, a été réellement arrêtée, entre les parties, indépendamment de cet acte. » (Comp. aussi Bordeaux, 23 décembre 1843, Charmant, Dev. 1844, II, 299.)

Il se peut donc, disons-nous, que ces circonstances particulières expliquent la décision de l'arrêt.

Mais, en principe, nous ne pensons pas que l'on puisse demander à prouver, contre la partie qui n'a pas un original de l'acte, qu'elle n'a pas entendu subordonner la validité de la convention à la validité de l'acte sous seing privé, qui a été dressé pour en fournir la preuve.

Nous l'avons dit, l'article 1325 est fondé sur l'article 1352, qui porte que :

« Nulle preuve n'est admise contre la présomption de « la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption,

« elle annule certains actes.... à moins qu'elle n'ait ré-
« servé la preuve contraire.... » (*Supra*, n° 426) ;

Or, la loi annule l'acte sous seing privé qui contient une convention synallagmatique, s'il n'a pas été fait double ou s'il ne porte la mention : *Fait double ;* elle l'annule, en ne réservant comme preuve contraire que celle qui résulterait de l'exécution de la convention ;

Donc, toute autre preuve, que l'on voudrait entreprendre, serait inadmissible.

433. — Telle est notre théorie sur cette thèse importante.

Cette importance sera notre excuse pour les développements étendus, que nous venons d'y consacrer.

Ne fallait-il pas défendre de notre mieux une théorie qui est, nous ne l'ignorons pas, absolument contraire à celle qui domine aujourd'hui dans la jurisprudence des arrêts et dans la doctrine des auteurs ?

L'un des savants magistrats qui ont concouru à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1864, n'a-t-il pas écrit que *de tous les motifs de l'opinion contraire, pas un ne résiste à l'examen* ! (M. Pont, *Revue critique*, 1864, t. XXV, p. 484 et 486.)

Tout en constatant cet état de la jurisprudence et de la doctrine, il nous était impossible de déserter les principes, que nous considérons comme les seuls vrais.

Oserons-nous dire que nous en appelons à M. Pont lui-même de sa sévère conclusion, s'il nous fait l'honneur de nous lire, comme c'est notre espoir ; car nous n'avons pas oublié l'accueil qu'il fit à nos premiers volumes, dans la *Revue de législation*. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 35, 36 ; Paris, 27 nov. 1811, Sirey, 1812, II, 60 ; Colmar, 6 mars 1813, Sirey, 1813, II, 275 ; Aix, 23 nov. 1813, Sirey, 1814, II, 209 ; Caen, 1re Chambre, 24 avril 1827, Pothier ; 22 juill. 1828, Mauduit ; 17 mars 1835, Corbin ; 2e Chambre, 28 nov. 1828, Paslat, *Jurisprud. de la Cour de Caen*, 1842, t. VI, p. 421 et suiv. ;

Amiens, 11 juill. 1826, Sirey, 1828, II, 175; Bourges, 29 mars 1831, Dev. 1832, II, 82; Bastia, 11 juill. 1838, D. 1838, I, 250; Zachariæ, t. IV, § 752, texte et note 11; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, n° 1552; Favard, *Répert.* v° *Acte sous seing privé*, sect. I, § 2, n° 10; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. I, n° 125.)

434. — Aux termes du dernier alinéa de l'article 1325:

« .... Le défaut de mention que les originaux ont été « faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par « celui qui a exécuté, de sa part, la convention portée « dans l'acte. »

C'est là, comme nous l'avons dit, une réforme excellente, apportée par le Droit nouveau à l'ancienDroit, sous l'empire duquel la nullité de la convention n'en pouvait pas moins encore être opposée par la partie elle-même, qui l'avait exécutée *en plein!* suivant le mot de Denizart. (v° *Double Écrit*, n° 6; *supra*, n° 383.)

Cette exécution, en effet, implique évidemment, de sa part, l'aveu qu'elle n'a pas considéré la convention comme conditionnelle; le législateur devait donc faire fléchir, devant un tel aveu, la présomption qu'il a édictée dans l'article 1325. (Comp. Cass., 16 mai 1859, Guérin, Dev. 1859, I, 611.)

On peut ajouter que cette exécution volontaire constitue une ratification qui, en vertu de l'article 1338, efface la nullité de la convention, qui résultait de la nullité de l'acte.

435. — Cette explication prouve suffisamment que la disposition du dernier alinéa de l'article 1325 doit être appliquée, non-seulement au cas où l'acte ne porte pas la mention qu'il a été fait double, mais aussi au cas où, en réalité, il n'a pas été fait double.

On a objecté, il est vrai, que le texte même de cet article ne vise que le premier cas, celui *du défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples*, etc. (Comp. Bruxelles, 2 déc. 1807, Sirey, 1808, II, 76.)

Mais nous avons déjà répondu que les deux hypothèses sont régies par le même principe. (*Supra*, n° 415.) Notre savant collègue, M. Colmet de Santerre, remarque aussi fort justement que, « aux yeux du législateur, elles ont paru se confondre en une seule ; car il n'est guère possible de supposer, en pratique, la preuve de la rédaction du double résultant d'un autre fait que de la mention ; par conséquent, on a pu confondre *le défaut de mention* avec *le défaut de rédaction* du nombre des exemplaires exigé par la loi. » (T. V, n° 288 *bis* IX.)

Et puis enfin, où serait la raison de distinguer entre l'une et l'autre hypothèse?

Il n'y en a aucune! (Comp. Turin, 6 mai 1806, Sirey, 1806, II, 661; Bruxelles, 22 avril 1812, Sirey, 1813, II, 15; Cass., 15 févr. 1814, Sirey, 1814, I, 154; Cass., 1er mars 1830, Dev. 1830, I, 83; Cass., 29 mars 1852, Touzan, Dev., 1852, I, 85; Cass., 29 juill. 1873, Lafari, Dev., 1874, I, 360; Toullier, t. VIII, n° 433; Duranton, t. XIII, n° 161; Bonnier, n° 686.)

436. — Mais, bien entendu, la nullité résultant de l'inaccomplissement de la formalité des doubles n'est couverte par l'exécution de la convention, qu'à l'égard de celui des contractants qui l'a exécutée : « .... *de sa part,* » dit notre texte.

D'où résulte cette singularité, et, il faut bien le dire, cette inégalité, qui peut ne pas sembler correcte dans une disposition législative, qui se propose précisément d'établir l'égalité de position judiciaire entre les contractants; à savoir : que la convention est devenue obligatoire pour l'un et qu'elle n'est pas obligatoire pour l'autre.

Il est vrai!

Mais ce résultat était inévitable!

Le législateur, en effet, ne pouvait pas admettre que l'un des contractants, en exécutant de sa part la convention, eût ainsi le moyen de la rendre valable par son seul fait,

et d'enlever à l'autre contractant le droit, qui lui était acquis, d'en demander la nullité.

437. — Au reste, il est clair que, dans une convention synallagmatique, les faits d'exécution seront le plus souvent communs aux deux parties.

L'une d'elles fait un payement ou une livraison quelconque.

C'est l'autre, presque toujours, qui la reçoit ou qui l'accepte.

Et voilà, en conséquence, l'exécution de la convention accomplie des deux côtés, et, des deux côtés aussi, la convention devenue valable.

Il se peut toutefois que les choses se passent autrement, et que l'exécution n'ait lieu que de la part de l'un des contractants, sans que l'autre y concoure ou y participe.

Ainsi, par exemple, dans un acte de vente par acte sous seing privé non fait double, il est convenu que l'acquéreur payera tout ou partie de son prix à un tiers délégué pour le recevoir. Il est évident que le payement fait à ce tiers par l'acquéreur, ne constituera un fait d'exécution que *de sa part.*

De même, il n'y aurait qu'un fait d'exécution de la part du vendeur, si celui-ci, après la vente, avait délégué à un tiers tout ou partie du prix encore dû par l'acquéreur, sans aucune acceptation de celui-ci.

Tel serait encore le cas où un seul des contractants, sans le concours de l'autre, aurait remis aux arbitres le compromis ou un mémoire de défense. (Comp. Toullier, t. V, n° 341; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 386; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 30.)

438. — L'exécution, même seulement partielle, couvre le vice de l'acte comme l'exécution totale; car elle est aussi l'aveu que la convention n'était pas subordonnée, dans la pensée de celui qui l'a exécutée, à la condition que l'acte serait fait double;

Pourvu, bien entendu, que cette exécution soit postérieure à l'acte.

439. — Il ne suffirait même pas qu'elle fût contemporaine de l'acte, et qu'elle se trouvât constatée par cet acte.

L'acte sous seing privé, contenant une vente, constate, par exemple, qu'un à-compte sur le prix a été payé par l'acquéreur au vendeur.

Est-ce que cette exécution partielle de la convention couvrira le vice de l'acte, si la formalité des doubles n'a pas été observée?

Évidemment non!

Il serait illogique et contradictoire que le même acte, qui ne prouve pas *la convention*, prouvât *l'exécution* de cette convention, et que, tandis que la convention, qu'il constate, est considérée comme conditionnelle, l'exécution partielle de cette convention fût considérée comme pure et simple.

La clause de l'acte, qui constate le payement de cet à-compte, se trouve nécessairement participer au caractère conditionnel de la convention, dont elle est une partie intégrante; elle se confond ainsi avec la formation de la convention, dont elle ne saurait, dès lors, impliquer la confirmation ni la ratification; elle est donc elle-même, à considérer comme ayant été stipulée sous la condition d'un événement, qui ne s'est pas réalisé.

Mais, bien entendu, la preuve du payement de l'à-compte par l'acquéreur au vendeur, n'en demeure pas moins constatée par l'acte, quoique non fait double! cette preuve-là est indépendante de la nullité de l'acte, au point de vue de l'inobservation de la formalité des doubles; et, par conséquent, l'acquéreur, si le vendeur oppose cette nullité, pourra exercer contre lui l'action en répétition de la partie du prix, qu'il lui a payé; car c'est bien là, désormais, un payement fait sans cause ou pour une cause qui a défailli :... *causâ datâ, causâ non secutâ.*

(Comp. Bruxelles, 2 déc. 1807, Sirey, 1808, II, 76; Toullier, t. VI, nos 335 et 337; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 361; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 32.)

440. — Toullier enseigne que :

« L'omission d'avoir passé l'acte en double ou d'avoir référé qu'il a été fait double, peut être réparée par la notification faite par l'un des contractants à l'autre. (T. IV, n° 325.)

Mais ceci serait le complet renversement de toute la théorie des doubles!

La condition, sous laquelle la convention a été conclue, n'ayant pas été accomplie, le droit est acquis à chacune des parties d'opposer la nullité de l'acte; et l'une d'elles ne saurait, par sa seule volonté, retirer ce droit à l'autre.

Et puis, d'ailleurs, avec un tel système, la théorie des doubles disparaît tout entière.

Un seul original a été dressé.

Il n'est pas valable, dit l'article 1325.

Et il dépendrait de l'un des contractants de le rendre valable, en le notifiant à l'autre!

Mais alors, l'un serait complétement à la discrétion de l'autre!

Cela est impossible.

Ce qui est vrai, c'est que celui des contractants, qui a signifié à l'autre l'original, qu'il a dans ses mains, pour réclamer l'exécution de la convention, a ainsi exécuté, de sa part, la convention autant qu'il lui était possible.

Oui; mais de sa part seulement!

Et nous n'admettons même pas, ainsi que le font quelques jurisconsultes, que le silence gardé par l'autre contractant, après cette signification, puisse être considéré, de sa part, comme une adhésion ou un acquiescement; car ce silence n'est pas une exécution! (Comp. Bonnier, n° 686; Colmet de Sauterre, t. V, n° 288 *bis* VI; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 41.)

441. — On est généralement d'accord pour recon-

naître que le dépôt, fait du consentement de toutes les parties, entre les mains d'un notaire, pour être placé au nombre de ses minutes, d'un acte sous seing privé nul pour inobservation de la formalité des doubles, en couvre la nullité ;

Et cela, soit que le dépôt ait été fait en exécution d'une clause portée dans l'acte, soit indépendamment de toute clause de ce genre.

C'est, en effet, que les contractants, en faisant, d'un commun accord ce dépôt, témoignent qu'ils n'ont pas subordonné leur convention à la condition que la formalité du double écrit serait observée.

Et, d'autre part, l'acte déposé dans l'étude du notaire, se trouvant ainsi à la disposition de chacun des contractants, l'inégalité de position judiciaire, quant à la preuve, que le législateur a voulu prévenir, en établissant la présomption légale de l'article 1325, n'existe plus. (Comp. Cass., 25 février 1835, Dev. 1835, I, 225; Bordeaux, 23 déc. 1843, Charmant, Dev. 1844, II, 299; Cass., 29 mars 1852, Touzan, Dev. 1855, I, 385; Toullier, t. V, n° 380; Bonnier, n° 687; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 386; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 42.)

412. — Mais les opinions sont, au contraire, divisées sur le point de savoir s'il faut appliquer la même solution au cas où le dépôt a été fait d'accord par les contractants, dans leur commun intérêt, entre les mains d'un tiers non-officier public.

La Cour de Caen a décidé cette question négativement. (24 avril 1822, Sirey, 1825, II, 169.)

Telle est aussi la doctrine de M. Massé, par ce motif que « si le dépôt de l'acte chez un notaire, qui peut en délivrer expédition à toutes les parties, supplée à l'inobservation de l'article 1325, en mettant une expédition à la disposition de toute partie intéressée, il n'en est pas de même du dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers qui, en communiquant l'acte à l'une des parties, empê-

che qu'il puisse être à la disposition de l'autre ». (*Droit comm.*, t. VI, n° 55.)

La Cour de Grenoble a toutefois consacré la doctrine contraire. (2 août 1839, Bouviers, Dev. 1840, II, 196; comp. aussi Cass. 20 mars 1852, Touzan, Dev. 1852, I, 385.)

Et nous pensons que cette doctrine est plus juridique.

Les contractants peuvent certainement choisir un simple particulier comme leur mandataire commun, pour lui confier le dépôt de l'unique original qui a été dressé de leur convention; aucun obstacle ne s'y oppose ni dans le texte, ni dans les principes.

Or, le dépôt, qu'ils en ont fait entre ses mains, témoigne aussi bien que le dépôt qu'ils en auraient fait entre les mains d'un notaire, que leur intention n'a pas été de subordonner la validité de leur convention à la condition de l'accomplissement de la formalité du double écrit.

Il est vrai que ce tiers dépositaire ne pourra pas leur délivrer des expéditions de l'acte.

Mais il le communiquera également à chacun des contractants, qui pourront aussi, de part et d'autre, en demander la production en justice.

Et si ce mandataire est infidèle? et s'il remet l'unique original à l'un des contractants?

A quoi nous répondons que la chance possible de l'infidélité du mandataire n'est pas une cause de nullité du mandat. (Comp. Bonnier, n° 687; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 306; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 42.)

443. — Nous avons toujours supposé, dans ce qui précède, que le dépôt de l'unique original de l'acte sous seing privé a été fait soit par toutes les parties, soit par l'une d'elles, au nom des autres, d'un commun accord.

Supposons maintenant que le dépôt en a été fait même dans l'étude d'un notaire, par l'une des parties ou par

plusieurs d'entre elles, sans le concours et l'acquiescement des autres?

Ce dépôt purgera-t-il le vice de l'acte?

A l'égard des autres parties, certainemement non! (Comp. *supra*, n° 436.)

Et à l'égard de celle des parties, qui a fait le dépôt?

Il faut distinguer :

Non, si le dépôt n'a pas été fait par elle dans une intention d'exécution et de confirmation, s'il n'a été fait, par exemple, que dans son intérêt personnel, pour mieux assurer la conservation de l'acte;

Oui, si le dépôt a été fait par elle pour parvenir à l'exécution de la convention et peut être, en effet, considéré, de sa part, comme un fait d'exécution.

Nuance délicate, qu'il appartient aux magistrats d'apprécier d'après les circonstances. (Comp. Paris, 27 janv. 1806, Sirey 1807, II, 924; Cass., 25 févr. 1835, Dev. 1835, II, 225; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 387.)

444. — Un seul original de l'acte sous seing privé a été fait.

Mais il se trouve dans l'étude d'un notaire, au rang de ses minutes, ou entre les mains d'un tiers.

Comment s'y trouve-t-il?

L'un des contractants affirme qu'il y a été déposé d'un commun accord.

L'autre le nie et soutient qu'il n'a point concouru à ce dépôt.

La preuve de l'affirmation de celui qui prétend que le dépôt a été fait du consentement des deux parties, est-elle possible?

Et, en cas d'affirmative, quelle preuve peut être admise?

Notre avis est que la preuve est possible et qu'elle peut être faite suivant le droit commun, par tous les modes de preuve, que la loi reconnaît : par l'interrogatoire sur

faits et articles, par le serment, comme aussi par témoins et par présomptions, avec un commencement de preuve par écrit.

Et l'unique original de l'acte pourra servir de ce commencement de preuve.

Il ne s'agit pas alors, en effet, de prouver la validité de la convention elle-même.

Il s'agit d'en prouver l'exécution, c'est-à-dire un fait d'exécution postérieur, bien entendu, à sa formation.

Or, nous pensons que l'acte sous seing privé peut rendre vraisemblable le fait d'exécution allégué par l'une des parties, et donner ainsi passage à la preuve testimoniale et aux présomptions.

Une vente, par exemple, ayant été faite par un acte sous seing privé, dans lequel la formalité du double n'a pas été observée, l'acheteur prétend qu'il a payé tout ou partie du prix au vendeur.

Il sera juridique et équitable, en cas de dénégation de celui-ci, lorsque l'acheteur ne peut pas produire une quittance, de considérer comme un commencement de preuve par écrit l'unique original de l'acte pour admettre la preuve testimoniale et les présomptions. (Comp. Larombière, t. IV, art. 1325, n° 42.)

445. — Raviot, sur Périer, enseigne que le dépôt de l'acte non fait double par l'un des contractants entre les mains de l'autre, couvre la nullité, qui résulte de l'inobservation de la formalité du double écrit. (T. I, § 166, n° 4.)

Et il cite, en ce sens, un arrêt du Parlement de Dijon du 13 juillet 1676. (Merlin, *Quest. de Droit*, V° Double écrit, § 1.)

L'autorité de ce précédent peut paraître d'autant plus considérable, que l'ancienne jurisprudence était, comme on sait, en cette matière, d'une rigueur excessive.

Aussi, M. Larombière pense-t-il que ce dépôt de l'acte, fait par l'une des parties entre les mains de l'au-

tre, constitue, aussi bien que si le dépôt avait été fait entre les mains d'un tiers, une nouvelle convention, distincte de la première, et qui peut être considérée comme une exécution, d'où résulte une confirmation. (T. IV, art. 1325, n° 43.)

Mais nous craignons que, si on admet une telle solution, toute la théorie des doubles ne finisse par y sombrer!

Que le dépôt fait entre les mains d'un notaire ou d'un tiers, couvre le vice de l'acte non fait double, nous le comprenons; et nous venons d'en expliquer les motifs.

Mais admettre que l'un des contractants pourra être considéré comme le dépositaire de l'original non fait double, de manière à couvrir la nullité dont cet acte est frappé par l'article 1325, n'est-ce pas violer le texte, qui décrète une présomption légale, contre laquelle il n'admet de preuve contraire que celle qui résulte de l'exécution?

N'est-ce pas violer aussi le principe d'égalité judiciaire, et ouvrir la porte à des contestations, que le législateur a précisément voulu prévenir, en exigeant que la preuve de l'observation de la formalité des doubles résultât de la mention portée dans l'acte même, du nombre des originaux, qui en ont été faits?

Nous le croyons ainsi.

446 — *c*. Nous avons maintenant à exposer les règles spéciales aux actes sous seing privé, par lesquels une seule partie s'engage, envers l'autre, à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable. (*Supra*, n° 352.)

L'article 1326 est ainsi conçu :

« Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel « une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer « une somme d'argent ou une chose appréciable, doit « être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; « ou du moins, il faut qu'outre sa signature, il ait écrit « de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant, en toutes « lettres, la somme ou la quantité de la chose;

« Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, « artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de « service. »

Nous pouvons dire de la disposition de l'article 1326 ce que nous avons dit de la disposition de l'article 1325 : qu'elle est d'origine moderne.

La formalité, qu'elle exige pour certains actes sous seing privé, était inconnue en Droit romain. (Comp. L. 26, § 2 ff. *de Verb. obligat.*).

Et elle l'a été de même, pendant la première et la plus longue période de l'histoire de notre ancien Droit français.

Ce n'est qu'au commencement du dernier siècle qu'elle y fut introduite par deux Déclarations royales du 30 juillet 1730 et du 22 septembre 1733, auxquelles donnèrent lieu les fraudes nombreuses qui étaient pratiquées, en ce temps, soit au moyen de blancs seings, soit au moyen de signatures surprises par dol et par fraude.

Il nous paraît nécessaire de reproduire les termes de la Déclaration du 22 septembre, à laquelle notre article 1326 a été emprunté :

« Voulons que tous billets sous seing privé, au porteur, à ordre ou autrement, causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seront faits par des banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, vignerons, manouvriers et autres de pareille qualité, seront de nul effet et valeur, si le corps du billet n'est de la main de celui qui l'aura signé, ou du moins si la somme portée audit billet n'est reconnue par une approbation écrite, en toutes lettres, aussi de sa main; faute de quoi, le payement n'en pourra être ordonné en justice.

« Voulons néanmoins que celui qui refusera de payer le contenu auxdits billets ou promesses, soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur; et, à l'égard de ses héritiers ou représentants, ils seront seulement tenus

d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que lesdits billets soient dus. »

On voit de suite, par la comparaison de ces deux textes, que la disposition nouvelle diffère notablement, en certains points, de la disposition ancienne.

Nous allons bientôt préciser ces différences.

447. — Les deux dispositions d'ailleurs se proposent le même but.

Il s'agit de prévenir les abus de blancs seings et les autres fraudes, au moyen desquelles on pourrait abuser de la signature d'une personne, soit en détachant cette signature d'une lettre missive ou d'un acte quelconque, auquel elle l'avait apposée, soit en lui faisant signer de confiance un acte écrit par un autre, sans qu'elle ait eu la précaution de le lire.

C'est une disposition tutélaire contre des fraudes et des surprises, que l'espèce d'obligations visée par notre texte, peut, en effet, par sa nature particulière, rendre plus faciles, et, par cela même aussi, plus fréquentes et plus dangereuses.

Le préambule de la Déclaration de 1733 expliquait très-bien le danger de ces coupables pratiques :

« Nous avons été informé que, depuis quelques années, différents particuliers, qui ont trouvé le moyen de se procurer, par artifice ou autrement, des signatures vraies de plusieurs personnes, ont porté l'infidélité et la fraude jusqu'au point d'écrire ou de faire écrire par des mains étrangères une promesse ou un billet supposé dans le blanc, qui était au-dessus desdites signatures.... Un genre de faux si punissable nous a paru d'autant plus digne de notre attention, qu'étant plus difficile à découvrir, le coupable échappe souvent à la sévérité de la justice; et que les parties intéressées ne pouvant nier une signature, qu'elles connaissent pour véritable, sont souvent réduites à exécuter de faux engagements.... »

448. — Nous avons à examiner sur ce sujet :

I. En quoi consiste la formalité, que l'article 1326 exige;

II. Dans quels cas elle est exigée;

III. Quel est l'effet de l'inaccomplissement de cette formalité.

449. — I. La règle est, d'abord, que l'acte sous seing privé, qui contient l'espèce d'obligation, dont l'article 1326 s'occupe, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit.

C'est, en effet, le moyen le plus sûr de pourvoir au danger, que cet article a pour but de prévenir : à l'abus des blancs seings ou de toute signature autrement surprise, au-dessus de laquelle une main étrangère pourrait écrire une obligation à la charge de celui dont la signature émane.

Aussi, n'est-il pas, suivant nous, nécessaire, dans ce cas, que la somme ou la quantité de la chose promise soit écrite en toutes lettres; nous croyons qu'elle peut être mise en chiffres.

Ces mots : *écrit en entier*, ne nous paraissent pas y faire obstacle; ce qu'ils signifient seulement, c'est que le corps de l'acte tout entier doit émaner de la main du souscripteur.

Nous ajoutons d'ailleurs qu'il est plus prudent, dans la pratique, d'écrire toujours en toutes lettres la somme ou la quantité promise. (Comp. *Encyclop. du Droit*, v° *Bon pour*, n° 27, Sebire et Carteret; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 15.)

450. — Si cette formalité n'est pas remplie, il faut du moins que l'acte, qui est écrit d'une main étrangère, contienne, outre la signature du souscripteur, un *bon* ou *approuvé* écrit de sa main et portant, en toutes lettres, la somme ou la quantité de la chose.

C'est la formalité spéciale très-connue sous le nom du *Bon pour*.

L'indication *en chiffres* de la somme ou de la quantité

promise dans le *bon* ou l'*approuvé*, ne suffirait donc pas ;

Et encore moins, *la simple approbation de l'écriture* du billet ! (Comp. Cass., 17 août 1808, Sirey, 1808, I, 492 ; Cass., 26 mai 1823, Sirey, 1824, I, 122 ; Caen, 18 nov. 1843, Monnoyer, Dev. 1844, II, 661 ; Merlin, *Répert.* V° Billet, § 1, n° 2 ; Duranton, t. XIII, n° 182 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 392 ; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 15.)

451. — Telle est la formalité, que la loi exige :

Pas moins, mais pas plus.

Il n'est donc pas nécessaire d'ajouter au *bon pour* ou à l'*approuvé* une mention quelconque ; d'énoncer, par exemple, les clauses accessoires ou les modalités de l'obligation contractée, tels qu'une stipulation d'intérêts, de condition ou de terme.

452. — Il est bien entendu aussi que les mots *Bon pour....* ou *Approuvé....* ne sont pas sacramentels et qu'ils peuvent être remplacés par des équivalents.

Le souscripteur n'a écrit aucun *Bon* ni *Approuvé* ; il a écrit seulement de sa main, en toutes lettres, la somme ou la quantité promise ; et il a signé.

La formalité de la loi est suffisamment remplie, dit M. Larombière. (t. IV, art. 1326, n° 15 ; comp. *Encyclop. du Droit*, v° *Bon pour*, n° 27.)

Nous le croyons également ;

Tout en conseillant aux parties de remplir la formalité d'une manière plus complète.

Le mieux, sans aucun doute, est d'employer les mots : *Bon pour* ou *Approuvé*, comme c'est d'ailleurs l'usage ; ce sont les mots de la loi elle-même ; pourquoi en chercher d'autres ?

453. — Voici un acte, qui contient une obligation de l'espèce de celles que l'article 1326 a en vue.

Il est écrit d'une main autre que celle du souscripteur.

Mais la personne, qui l'a écrit, a laissé, dans le corps de l'acte, un blanc ou intervalle à la place où devait être

énoncée la somme ou la quantité, qui fait l'objet de l'obligation.

Et ce blanc a été rempli par le souscripteur, qui a écrit de sa main, en toutes lettres, la somme ou la quantité promise.

Cet acte fera-t-il preuve de l'obligation ?

Cette question peut paraître délicate.

N'est-on pas, en effet, autorisé à dire qu'un tel acte ne satisfait ni à l'une ni à l'autre des formalités, dont l'article 1326 donne le choix aux parties :

Ni à la première, puisqu'il n'est pas écrit en entier de la main du souscripteur ;

Ni à la seconde, puisqu'il ne porte pas le *bon* ou l'*approuvé*. (Comp. *Encyclop. du Droit*, v° *Bon pour*, n° 30, Sebire et Carteret.)

Il nous semble toutefois que cette énonciation de la somme ou de la quantité promise, écrite, dans le corps de l'acte, de la main du souscripteur, doit être considérée comme satisfaisant à la condition du *bon pour* ou de l'*approuvé*. (Comp. Toullier, n° 298 ; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 16.)

454. — L'article 1326, en effet, ne détermine pas l'endroit de l'acte où le *bon pour* doit être placé.

Il est d'usage sans doute qu'il soit écrit à la suite du corps de l'acte et avant la signature du souscripteur.

Mais la loi n'en fait pas une condition de sa régularité.

455. — M. Larombière remarque que le *bon pour* ou *approuvé* peut être écrit en une langue et en caractères différents de ceux du billet ou de la promesse. (T. IV, art. 1326, n° 18.)

Cela est incontestable en droit, si peu fréquente que soit, en fait, cette hypothèse.

456. — II. Nous nous sommes proposé d'examiner, en second lieu, dans quels cas la formalité établie par l'article 1326, doit être remplie. (*Supra*, n° 448.)

C'est-à-dire :

A quelles obligations l'article 1326 est-il applicable?

Et à quelles personnes?

457. — *a.* Et d'abord, à quelles obligations ?

Il résulte des termes mêmes de notre texte qu'il n'est applicable qu'au *billet ou à la promesse par lequel une seule partie s'engage envers l'autre...*;

Evidemment, dans la pensée du législateur, sans que, de la part de celle-ci, il y ait engagement;

C'est-à-dire que l'article 1326 n'est applicable qu'aux obligations unilatérales.

458. — *Une seule partie,* dit le texte.

Mais supposons que plusieurs parties s'engagent envers une ou plusieurs autres, sans aucun engagement de la part de celles-ci.

L'article 1326 sera-t-il applicable ?

Non ! a-t-on répondu.

Et, en ce sens, on a invoqué la différence de rédaction qui existe entre l'article 1103, qui définit le contrat unilatéral, et l'article 1326, qui soumet ce contrat, dans un cas déterminé, à la formalité du *bon pour*.

Aux termes de l'article 1103 :

« (Le contrat) est unilatéral, lorsqu'*une ou plusieurs* « *personnes* sont obligées envers une ou plusieurs autres, « sans que, de la part de ces dernières, il y ait d'enga- « gement. »

Tandis que l'article 1326 ne mentionne que le cas où *une seule partie* s'oblige envers l'autre.

C'est que, en effet, on a pu considérer que le danger, que l'article 1326 a pour but de prévenir, est moins à craindre, lorsque le billet ou la promesse est signée par plusieurs parties, que lorsqu'il n'est signé que par une seule. (Comp. Bruxelles, 27 juin 1809, Sirey, 1809, II, 407; Consultation de MM. Dupin, Tripier et Boulanger, Sirey, 1816, I, 97.)

Il nous paraît toutefois évident que cette solution

méconnait la pensée du législateur, et qu'elle donne à la formule employée par lui un sens tout autre que celui qu'il a entendu y attacher.

Le législateur, en employant cette formule, a voulu uniquement opposer le contrat unilatéral au contrat synallagmatique ; de sorte que ces mots : *une seule partie*, signifient qu'il faut qu'il n'y ait *engagement* que d'un seul côté, sans qu'il y ait engagement de l'autre.

Est-ce que l'article 1326 cesserait d'être applicable, si l'obligation était contractée envers *plusieurs personnes?*

Apparemment non! quoique l'article 1326 paraisse supposer qu'elle n'est contractée qu'envers une seule... *envers l'autre*, dit-il.

Eh bien! par la même raison, il est applicable au cas où l'obligation est contractée par plusieurs parties.

C'est avec grande raison que le législateur a voulu, en effet, protéger chacune d'elles contre l'imprudence, la légèreté ou l'excès de confiance, avec lesquels elle pourrait être portée à signer l'acte sans le lire!

Aussi, faut-il maintenir cette solution dans tous les cas :

Soit que les parties, qui signent ensemble le billet, s'engagent conjointement, ou solidairement ;

Soit que le billet soit écrit de la main d'un tiers étranger à la convention, ou de la main du créancier, ou même de la main de l'un des souscripteurs. (Comp. *infra*, n° 488; Bruxelles, 23 juillet 1811, Sirey, 1812, II, 105; Cass. 8 août 1815, Sirey, 1816, I, 97; Toullier, t. VI, n° 300-301 ; Marcadé, art. 1326, n° 11 ; Bonnier, n° 674 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 389; Larombière, t. IV, art. 1325, n° 6.)

459. — Et voilà comment nous décidons, malgré un arrêt contraire de la Cour de Paris du 29 mars 1813 (Sirey, 1814, II, 78), que l'article 1326 est applicable au cas où une femme mariée signe, avec son mari, un acte écrit en entier de la main de ce dernier.

Il faut donc que cette femme, outre sa signature, écrive le *bon pour* et *l'approuvé*, conformément à notre article. (Comp. Cass. 8 août 1815. Sirey, 1816, I, 97; Cass. 6 mai 1816, Sirey, 1816, I, 227; Cass., 22 avril 1818, Sirey, 1819, I, 195; Caen, 3 janvier 1827, Sirey, 1828, II, 84; Zachariæ, Aubry et Rau; Bonnier, *loc. supra cit.*; Nouguier, *De la lettre de change*, t. I, p. 562.)

460. — L'article 1326 n'est donc pas applicable aux obligations, qui résultent d'une convention synallagmatique.

C'est ainsi, par exemple, qu'il n'est pas nécessaire que l'acheteur, ou le preneur à bail ou à loyer, écrivent de leur main le bail en entier, ou écrivent du moins un bon ou approuvé contenant, en toutes lettres, le montant du prix de la vente ou du loyer.

L'espèce de fraude, que l'article 1326 a pour but de prévenir, est, en effet, beaucoup plus rare et moins à craindre dans ces sortes de conventions.

Ne faut-il pas d'ailleurs aussi que les actes sous seing privé, qui les constatent, soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et qu'ils en portent la mention?

Et puis, enfin, comment aurait-il été possible de remplir cette formalité simple et rapide, du *bon* ou de l'*approuvé*, pour les conventions synallagmatiques, dans lesquelles les obligations de l'une des parties sont corrélatives aux obligations de l'autre; de sorte que, en même temps que l'une devient débitrice, elle devient créancière ou acquiert un droit quelconque. Il aurait donc fallu que l'acte tout entier fût écrit de la main de la partie, ou que le *bon pour* reproduisît lui-même, presque en entier, les différentes clauses de l'acte!

Très-grave inconvénient, dans l'un et dans l'autre cas, et qui aurait réduit un grand nombre de personnes à la nécessité de faire constater, par acte devant notaire, les conventions les moins importantes.

461. — Nous supposons, bien entendu, une convention synallagmatique sérieuse.

Il est, en effet, évident que si les parties avaient faussement ou inexactement donné à une convention unilatérale la forme d'une convention synallagmatique, l'acte sous seing privé, qui la contiendrait, devrait être revêtu du bon pour ou approuvé. (Comp. Cass. 7 juillet 1793, Sirey, I, 1-34; Bordeaux, 3 janvier 1832, Dev. 1832, II, 204; Toullier, t. VI, n° 307; Marcadé, art. 1326, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 390.)

461 *bis*. — La convention synallagmatique est sérieuse.

Mais il s'y trouve une clause particulière, d'où résulte, à la charge de l'une des parties, une obligation unilatérale.

C'est, par exemple, un acte de bail, qui constate en même temps une avance d'argent faite par le bailleur au preneur.

Ou c'est un acte de vente qui contient, de la part du vendeur ou de l'acquéreur, la reconnaissance d'une somme prêtée.

Cet acte doit-il être revêtu du *bon pour* ou de l'*approuvé*, quant à cette obligation unilatérale du preneur envers le bailleur, ou du vendeur envers l'acheteur, ou *vice versa?*

La question nous paraît délicate.

Ne peut-on pas dire, en effet, que cette obligation unilatérale, contractée à l'occasion d'une convention synallagmatique, en devient l'une des clauses et même l'une des conditions? N'en fait-elle point, dès lors, partie intégrante, participant au caractère de la convention synallagmatique et dispensée, en conséquence, comme elle et avec elle, de la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé?*

Nous pensons, néanmoins, que l'obligation unilatérale contractée par l'une des parties, même dans une convention synallagmatique, de payer une somme ou une

chose appréciable, doit être soumise à l'application de l'article 1326, dans le cas où cette obligation est distincte des obligations réciproques, qui résultent directement de la convention synallagmatique elle même; de sorte que l'acte contient deux conventions : l'une, synallagmatique; l'autre, unilatérale, qui, bien que mêlées et confondues, n'en doivent pas moins être soumises aux formalités spéciales que la loi exige pour chacune d'elles. (Comp. Paris, 15 ventôse an XIII, Sirey, V, II, 550; Duranton, t. XIII, n° 174; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 391; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 13.)

462. — L'article 1326 n'est, disons-nous, applicable qu'aux conventions unilatérales.

Mais ce n'est pas à dire qu'il soit applicable à toutes les conventions unilatérales.

Au contraire, l'application en est restreinte à un certain nombre seulement d'entre elles.

Il faut, pour que l'article 1326 soit applicable, que la convention unilatérale ait pour objet *une somme d'argent ou une chose appréciable.*

Ces dernières expressions sembleraient, à première vue, comprendre, dans leur généralité, tout ce qui présente une valeur pécuniaire.

Mais il est manifeste que tel n'est le sens que le législateur y a attaché, et qu'il a entendu désigner ainsi uniquement les choses qui se déterminent, au compte, au poids ou à la mesure, *quæ numero, pondere, vel mensura constant,* en un mot, les choses que l'on appelle fongibles : denrées, marchandises, etc.

La preuve en résulte du texte même de l'article 1326 et de son motif essentiel :

1° L'article 1326 indiquant la formule du *Bon pour,* dispose qu'il doit porter, *en toutes lettres, la somme ou la quantité de la chose.*

En toutes lettres!

Donc, il s'agit d'une chose, dont le montant pourrait être indiqué *en chiffres;* c'est bien aussi ce qui résulte de ces mots : *la somme* OU LA QUANTITÉ.

2° C'est que, en effet, ce sont là les obligations que le législateur a en vue dans cet article ; les obligations unilatérales, qui se contractent sous la forme vulgairement appelée *billets,* et qui constituent le souscripteur débiteur d'une certaine quantité.

La Déclaration du 22 septembre 1733 se bornait à dire: ...*causée pour valeur ou argent...* (*Supra,* 446.)

Notre Code a ajouté : ... *ou une chose appréciable,* complétant ainsi très-utilement l'ancienne loi, parce que ces sortes de choses, si facilement réalisables, équivalent à une somme d'argent. (Comp. art. 1291; et le tome V de ce *Traité,* n° 485.)

Mais c'est à ces sortes de choses qu'il a restreint l'étendue de sa disposition.

A-t-il, en ceci, mérité le reproche d'inconséquence, que certains jurisconsultes lui adressent, en objectant que cette disposition est insuffisante et qu'elle n'atteint pas d'autres fraudes encore, qui peuvent être commises par l'abus des blancs seings ou de l'imprudence et de la légèreté de ceux qui souscrivent des actes sous seing privé? (Comp. Toullier, t. VI, n°s 277 et suiv.; Duranton, t. XIII, n° 168.)

Nous ne le pensons pas.

Le législateur n'a pas eu la prétention d'écarter des actes sous seing privé les dangers de toutes sortes, qu'ils présentent ; il ne pouvait pas raisonnablement l'avoir !

Ce qu'il a voulu seulement, c'est en écarter un certain danger déterminé, celui-là précisément qui est le plus à craindre, parce que la fraude, qui le produit, est plus facile et plus lucrative. Est-ce que l'expérience des temps anciens et des temps modernes ne prouve pas que c'est, en effet, au moyen des *billets* contenant une promesse d'argent ou de choses appréciables, que cette fraude

s'accomplit, soit par l'extorsion violente des signatures, soit par des abus de confiance!

463. — Il ne faut donc pas hésiter à dire, quoique Duranton semble exprimer un avis contraire (t. XIII, n° 170), que l'article 1326 n'est pas applicable à une obligation, qui a pour objet une chose déterminée dans son individualité, un corps certain. (Comp. Toullier, t. VI, n° 303; Bonnier, n° 674; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 389.)

464. — Nous ajoutons qu'il n'est pas non plus, suivant nous, applicable à une obligation, qui a pour objet une valeur indéterminée.

Cette solution est toutefois très-controversée.

Voici un acte sous seing privé, par lequel Paul a souscrit un cautionnement pour garantie de tous les placements de fonds, que Pierre, notaire, le cautionné, pourra faire au nom de tierces personnes.

Ou encore Paul a souscrit le cautionnement pour garantie de tous les effets de commerce, qu'un tiers versera dans un compte courant existant entre lui et Pierre, le garanti.

L'acte sous seing privé n'est pas écrit en entier de la main de Paul.

Et il n'est pas non plus revêtu d'un *bon pour* ou *approuvé* portant, en toutes lettres, la *quantité* de la somme, pour laquelle le cautionnement est donné, puisque cette quantité n'est pas déterminée et ne peut pas l'être, au moment où le cautionnement est contracté.

L'article 1326 est-il, en pareil cas, applicable?

Et cet acte sous seing privé sera-t-il destitué de force probante?

Un parti considérable répond affirmativement :

« Considérant que si la somme, à laquelle devait s'élever l'obligation de la femme Mutinot était indéterminée, cette circonstance ne mettait point obstacle à ce que, dans une forme quelconque, la femme Mutinot exprimât,

d'une manière explicite, qu'elle avait connaissance de la nature et de l'importance de l'obligation par elle contractée; qu'admettre l'exception invoquée par l'appelant pour le cas d'une obligation ainsi contractée, ce serait anéantir les sages précautions établies par la loi, même alors qu'il s'agirait des obligations les plus importantes. » (Paris, 24 mai 1855, Mutinot, Dev. 1855, II, 574 ; Comp. Metz, 28 mai 1833, Dev. 1835, II, 49; Cass., 8 mars 1853, Gauthier-Baudoin, Dev. 1855, I, 212; Orléans, 24 déc. 1864, Levassor, Dev. 1865, II, 213; Poitiers, 17 juin 1867, Barbet, Dev. 1868, II, 8; Cass., 10 janv. 1870, Anduze, Dev. 1870, I, 157; *Encyclop. du Droit*, v° *Bon pour*, n° 26.)

La réponse nous paraît facile :

1° Le principe général est, en effet, que les actes sous seing privé ne sont soumis, quant à la force probante qui peut en résulter, à aucune formalité spéciale. (*Supra*, n° 353).

Et, par conséquent, l'article 1326, qui établit une formalité spéciale pour certains actes sous seing privé, constitue une exception, qui ne saurait être étendue au delà de ses termes;

Or, les termes de l'article 1326 sont, ainsi que nous venons de le remarquer, très-positifs; ils ne s'appliquent qu'à celles des obligations unilatérales, dont l'objet pourrait être indiqué *en chiffres*, avec l'énonciation *de la somme ou de la quantité* promise ;

Donc, il n'est pas applicable à celles des obligations qui ont pour objet une valeur, qui est indéterminée, au moment où elles sont contractées.

2° Et le motif en est tout simple, en vérité!

C'est qu'il est impossible, en pareil cas, d'accomplir la formalité du *bon pour* ou *approuvé*, telle que la loi l'a prescrite.

On l'accomplira *dans une forme quelconque!* porte l'arrêt précité de la Cour de Paris.

Mais ceci nous paraît tout à fait arbitraire!

Le législateur ne s'en est point rapporté aux parties sur la formule, dans laquelle devrait être rédigé le *bon pour* ou l'*approuvé*.

Il a lui-même rédigé d'avance cette formule.

Et maintenant, de deux choses l'une :

Ou vous pouvez employer cette formule dans les termes de la loi ou dans des termes équivalents, qui représentent exactement ceux de la loi (*supra*, n° 452); et alors, vous êtes, en effet, soumis à l'application de l'article 1326;

Ou vous ne pouvez employer ni les termes de la loi ni aucuns termes équivalents; et alors, vous n'êtes pas soumis à l'application de l'article 1326;

Puisque vous ne pouvez pas l'appliquer!

3° M. Larombière, qui admet aussi cette doctrine, nous paraît faire néanmoins une concession compromettante :

« Mais au moins faut-il, dit le savant auteur, que la partie exprime, dans le *bon* ou *approuvé*, la nature de l'engagement, qu'elle contracte; en ce sens, cette formalité est encore applicable, malgré l'indétermination actuelle de la chose due. » (T. IV, art. 1326, n° 8.)

Comment! la formalité de l'article 1326 est, en ce cas, applicable !

Mais de quelle manière donc sera-t-elle appliquée?

« Nous voulons, répond M. Larombière, que le souscripteur mentionne, dans un *bon* ou *approuvé*, qu'il s'engage à tel titre : *Bon pour cautionnement.... Approuvé le cautionnement...*; et il ne suffirait pas de ces mots : *Approuvé l'écriture ci-dessus.* » (*Loc. supra cit.*; comp. aussi Cass., 6 févr., 1861, Dupontavice, Dev., 1862, I, 72; Cass., 10 févr., 1870, Auduze, Dev., 1870, I, 157.)

Non! cette concession-là ne doit pas être faite!

Nous savons bien que, dans la pratique, on a coutume

d'ajouter ces sortes de mentions dans les actes sous seing privé, auxquels l'article 1326 n'est nullement, de l'aveu de tous, applicable : *Approuvé l'écriture ci-dessus....* Rien n'est plus usuel; à ce point, qu'on les ajoute même dans des actes qui contiennent des ventes ! *Bon pour vente,* écrit le vendeur; *Bon pour acquisition*, écrit l'acheteur.

Mais la loi n'exige rien de pareil !

Et décider qu'un acte sous seing privé, qui contient un cautionnement pour une somme indéterminée, est soumis à l'application de l'article 1326; décider, par conséquent, qu'il ne fera pas preuve contre le souscripteur, s'il ne porte pas : *Bon pour cautionnement,* c'est, à notre avis, violer le texte même de la loi. (Comp. Agen, 8 nov. 1823, Sirey, 1826, II, 3; Douai, 25 nov. 1853, Douchez, Dev., 1854, II, 696; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 392; Bonnier, n° 675.)

465. — C'est à peine, au point où nous en sommes, s'il est nécessaire de dire que l'article 1326 n'est pas applicable aux obligations de faire ou de ne pas faire.

466. — Que cet article ne soit pas non plus applicable aux quittances, c'est ce qui résulte de son texte.

Par un tel acte, le souscripteur *ne s'oblige pas;* il libère seulement celui qui était obligé envers lui.

Et puis, comme la quittance implique une relation préexistante avec une personne déterminée, le danger des abus de blancs seings et des signatures surprises, que le législateur a voulu prévenir, a pu paraître, en cas pareil, beaucoup moindre.

Aussi, cette solution devrait-elle être maintenue dans tous les cas, notamment dans le cas où la quittance ayant été délivrée au débiteur par un mandataire ou un administrateur des biens d'un autre, celui-ci, le maître de l'affaire gérée, s'en prévaudrait pour lui demander compte des payements que la quittance délivrée par lui constate. Cette circonstance, en effet, n'en dénature pas le caractère. Elle ne fait point que la quittance consti-

tue, par elle-même, un acte, par lequel le mandataire ou le gérant s'oblige envers le mandant ou le maître de l'affaire. (Comp. Paris, 11 thermidor an XIII, Sirey, V, II, 304; Duranton, t. XIII, n° 169; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 392.)

467. — Mais, d'ailleurs, la disposition de l'article 1326 doit être appliquée à tous les actes qui rentrent dans la généralité de ses termes et dans ses motifs, quelles que soient la nature particulière de l'obligation et les circonstances, dans lesquelles elle a été contractée.

Il importe, en effet, de remarquer que les termes de notre article 1326 sont généraux, et qu'il existe, sous ce rapport, une différence notable entre la rédaction du nouveau texte et celle de la Déclaration de 1733.

La Déclaration portait seulement :

« *Tous les billets sous signature privée, au porteur, à ordre ou autrement, causés pour valeur en argent....* » (*Supra*, n° 446.)

Et il n'y a pas à s'étonner si, en présence de cette énumération restrictive, la jurisprudence et la doctrine anciennes avaient été portées à l'interpréter restrictivement, en refusant, par exemple, de l'appliquer à des actes qui contenaient des cautionnements ou des constitutions de rente.

Mais que porte, au contraire, l'article 1326?

« Le billet *ou la promesse sous seing privé, par lequel* « *une seule partie s'engage, envers l'autre, à lui payer une* « *somme d'argent ou une chose appréciable....* »

On voit la différence, et comment plusieurs solutions, qui pouvaient être exactes sous l'ancien Droit, ne le seraient plus sous le Droit nouveau.

Nous concluons donc qu'il faut appliquer, en effet, l'article 1326 à tout acte sous seing privé, qui contient l'engagement unilatéral contracté par l'une des parties envers l'autre, de lui payer une somme d'argent ou une certaine quantité de deniers ou de marchandises.

468. — En conséquence, nous l'appliquerons :

1° Aux arrêtés de compte, par lesquels le souscripteur s'oblige à en payer le reliquat.

Cette application a été contestée pourtant. (Comp. : Metz, 20 févr. 1811, Dev. et Car., Collect. nouv. III, 2, 421 ; Angers, 9 août 1820, Sirey, 1821, II, 180; Grenoble, 26 janv. 1826, Sirey, 1826, II, 308 ; Toullier, t. VI, n° 306; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° Approbation d'écriture, n° 18.)

Mais elle résulte, suivant nous, nécessairement du principe, que nous avons posé. (*Supra*, n° 467; comp. Bordeaux, 3 janv. 1832, Dev., 1832, II, 204; Merlin, *Répert.*, v° Billet, § 1, n° 9; Duranton, t. XIII, n° 172; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 391 ; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 9).

469. — 2° Aux actes de reconnaissance de dépôt. (Comp. Cass., 12 janv. 1814, Sirey, 1814, I, 33 ; et les citations *supra*, n° 468.)

470. — 3° Aux actes de constitution de rente.

Cette application a été, il est vrai, sérieusement contestée aussi. (Comp. Cass., 13 fructidor, an XI, Sirey, IV, 2, 25; Angers, 18 févr. 1837, Durand-Launay, Dev. 1839, II, 426; Toullier, t. VI, n° 305; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° Approbation d'écriture, n° 16.)

Maie nous croyons devoir la maintenir comme la seule juridique sous l'empire de notre Droit nouveau. (Comp. *Supra*, n° 467 ; Duvergier, sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a;* Troplong, *des Contrats aléatoires*, n° 227; Duranton, t. XIII, n° 173; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 391 ; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 9.)

471. — 4° Aux actes unilatéraux de cautionnement; malgré les décisions contraires de la Cour de Paris, du 13 mars 1816, (Sirey 1817, II, 48), et de la Cour de Lyon du 12 avril 1832 (Dev. 1833, II, 428; comp. Cass., 21 août 1827, Sirey 1828, I, 60; Orléans,

14 janv. 1828, Sirey, 1828, II, 106; Paris, 14 mai 1846, Moulin, Dev., 1846, II, 299; Bordeaux, 17 juin 1852, de Puységur, Dev., 1852, II, 672; Cass., 1er mars 1853, Gauthier, Dev., 1855, I, 212; Paris, 24 mai 1855, Mutinot, Dev., 1855, II, 574; Merlin, *Répert.*, v° *Billet*, § 1, n° 8; Duranton, t. XIII, n° 175; Favard, *Rép. du Notariat, loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 391; *Encyclopédie du Droit*, Sebire et Carteret, v° *Bon pour*, n° 9; Larombière, t. IV, art. 1326, nos 9-10.)

472. — L'article 110 du Code de commerce, qui énumère, spécialement, les conditions de forme auxquelles la lettre de change est soumise, n'y exige pas la formalité du *Bon pour* ou de l'*Approuvé*.

D'où il faut conclure qu'elle n'y est pas, en effet, exigée, malgré le dissentiment de M. Nouguier. (*De la Lettre de change*, t. I, p. 73.)

C'est que la lettre de change est essentiellement un acte commercial, auquel on n'aurait pas pu imposer cette formalité, sans compromettre, de la manière la plus grave, la simplicité et la rapidité des opérations, dont elle est l'instrument indispensable!

Quel que soit donc le souscripteur, commerçant ou non-commerçant, la lettre de change est affranchie de la formalité du *Bon pour*. (Comp. Toulouse, 30 déc. 1829, Sirey, 1830, II, 128; Montpellier, 20 janv. 1835, Dev., 1835, II, 336; Merlin, *Répert.*, v° *Ordre* (billet à), § 1, art. 5; Pardessus, *Droit commercial*, t. I, n° 245; Duranton, t. XIII, n° 176; Bonnier, n° 676; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 390; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 20.)

473. — Ajoutons toutefois qu'il en serait autrement, dans le cas où la lettre de change ne devrait être réputée que simple promesse.

Cette simple promesse ne constituant pas un acte commercial, serait, en conséquence, soumise à la nécessité du Bon pour ou de l'Approuvé.

C'est ce qui arrive :

1° Lorsque, d'après l'article 112 du Code de commerce, les lettres de change contiennent une supposition soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit des lieux d'où elles sont tirées ou dans lesquels elles sont payables ;

2° Lorsque, d'après l'article 113, elles sont signées par des femmes et des filles non négociantes ni marchandes publiques. (Comp. Cass., 17 août 1808, Sirey, 1808, I, 492; Cass., 26 mai 1823, Sirey, 1824, I, 122; et les citations *supra*, n° 472.)

474. — Quant aux billets à ordre ou au porteur, ils ne constituent aussi que de simples promesses, lorsqu'ils sont souscrits par des non-négociants. (Comp. art. 187, 636, etc. du Code commerc.)

Ils sont donc soumis, dans ce cas, à la nécessité du *Bon pour*.

Telle était la disposition formelle de la Déclaration de 1733.

Et il faut considérer cette solution comme certaine encore sous l'empire de notre Droit nouveau.

Des difficultés s'agitent toutefois, en ce qui concerne l'aval donné par un non-commerçant sur un billet à ordre ; mais nous ne pourrions nous avancer plus loin en cette matière, sans sortir des limites de notre domaine, déjà si vaste ! (Comp. 27 janvier 1812, Sirey, 1812, I, 244; Cass., 26 mai 1823, Sirey, 1824, I, 122; Merlin, *Répert.*, v° *Ordre* (billet à); Pardessus, *Droit commercial*, t. I, n° 245; Duranton, t. XIII, n°s 176-178 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 390; Bonnier, n° 676; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 20.)

475. — *b*. A quelles obligations l'article 1326 est-il applicable?

Nous venons de le voir.

Et maintenant à quelles personnes? (*Supra*, n° 456.)

La disposition du premier alinéa de notre texte est

générale; et la règle est, en conséquence, qu'elle comprend toutes les personnes, qui souscrivent un acte sous seing privé, qui contient l'espèce d'obligation à laquelle elle s'applique;

Moins seulement les personnes, qui en ont été exceptées.

Or, le second alinéa de l'article 1326 est ainsi conçu :

« Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, « artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de « service. »

476. — Ces exceptions, celles-là surtout qui concernent les artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, ont soulevé d'assez vives critiques.

N'est-ce pas, a-t-on dit, retirer la protection de la loi aux personnes précisément qui en auraient le plus besoin, en raison même de leur simplicité et de leur inexpérience!

Il est vrai.

Mais, parmi ces personnes, il y en a malheureusement un grand nombre qui savent signer sans savoir écrire; de sorte que les soumettre à la nécessité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, c'était les réduire à cette autre nécessité, bien grave aussi, de recourir à des actes devant notaire, pour les affaires très-souvent de la plus minime importance.

Il fallait donc choisir entre les deux inconvénients.

Et le législateur nouveau, à l'exemple du législateur ancien, a considéré que le moindre était encore dans le parti qu'il a adopté, de leur laisser l'usage des actes sous seing privé, tel qu'il leur est possible seulement de le pratiquer.

477. — L'article 1326 excepte d'abord *les marchands*.

La Déclaration de 1733 avait dit : *les boutiquiers, négociants, marchands, manufacturiers*.

Tel est certainement aussi le sens du mot : *marchand*, dans notre texte, où il est employé dans un sens large,

qui comprend tous les industriels. (Comp. *Discussion au Conseil d'État*, Locré, Législat civ., t. XII, p. 216.)

Il n'y a pas non plus à s'enquérir de l'importance plus ou moins grande de leur commerce ou de leur industrie.

L'exception est fondée sur les besoins du commerce, sur la simplicité et la rapidité, que ses opérations exigent. (Comp. Pothier, n° 745.)

On peut ajouter, avec M. Colmet de Santerre, que la qualité même du commerçant l'oblige à faire attention aux actes qu'il accomplit. (T. V, n° 289 *bis*, v.)

473. — Mais le marchand ne se trouve-t-il dans l'exception qu'autant que l'obligation par lui souscrite a une cause commerciale?

Et rentre-t-il dans la règle, lorsque son obligation a une cause civile?

Voici un acte sous seing privé, par lequel un marchand de chocolat reconnaît avoir reçu en dépôt quatre actions du chemin de fer de Lyon.

L'acte n'est pas écrit en entier de sa main, et il n'est pas revêtu du bon pour et de l'approuvé.

Le signataire, commerçant, peut-il, en cas pareil, invoquer la règle édictée par l'article 1326?

Oui! a-t-on répondu.

C'est en raison de la nature des opérations commerciales, que le marchand n'est pas soumis à la nécessité du Bon pour; et, par conséquent, le motif de l'exception cessant, quand il s'agit d'une opération civile, l'exception doit aussi cesser. Telle était bien la pensée de la Déclaration de 1733, qui, dans son Préambule, avait expliqué qu'elle exceptait les *actes nécessaires pour le commerce;* et telle est aussi certainement, dit M. Colmet de Santerre, la pensée, quoique moins exactement exprimée, des rédacteurs de l'article 1326, en ce qui concerne les marchands. (T. V, n° 289 *bis*, IV; comp. Toulier, t. IV, p. 481; Zachariæ, t. III, p. 505.)

Nous croyons toutefois qu'il est plus vrai de dire que l'exception écrite dans notre article s'applique, non pas à la nature de l'acte, mais à la qualité personnelle du souscripteur.

Le texte, en effet, nous paraît formel! il dispense du *bon pour* les marchands, comme il en dispense les laboureurs, vignerons et autres dans une seule formule;

Or, il n'est pas douteux que ceux-ci en sont dispensés pour tous les actes sous seing privé, qu'ils signent, et en vertu de leur qualité personnelle;

Donc, il en doit être ainsi, en ce qui concerne les marchands.

Le législateur a-t-il considéré que les billets souscrits par un commerçant sont toujours présumés souscrits dans l'intérêt de son commerce? (Art. 638, *Code de commerce.*)

A-t-il voulu, en généralisant l'exception, garantir la bonne foi des tiers et prévenir les contestations, qui auraient pu s'élever sur la nature commerciale ou non commerciale de l'obligation ?

Ces motifs peuvent expliquer la généralité qu'il a donnée à l'exception, en l'attachant à la profession elle-même et à la qualité personnelle du marchand. (Comp. Cass., 30 juillet 1868, Meyer, Dev., 1869, I, 23 ; Duranton, t. XIII, n° 178 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 505, note 22 ; Bonnier, n° 670 ; Larombière, t. IV, art. 1326, n°s 19 et 21.)

479. — N'en faut-il pas conclure, en sens inverse, que le non-marchand n'est pas dispensé de la formalité du bon pour, lors même qu'il souscrit un acte sous seing privé portant une obligation commerciale ?

Nous croyons, en effet, que cette conséquence résulte aussi de notre texte.

L'article 1326 en dispense les *marchands*, à raison de leur profession et de leur qualité personnelle ;

Or, l'acte, dont il s'agit, n'émane pas d'un marchand ;

Donc, il demeure sous l'empire de la règle.

Mais, dit M. Larombière, si ce souscripteur n'est pas commerçant d'habitude, il l'est, du moins, momentanément, quant à l'acte particulier qu'il a accompli ; et, puisque c'est l'intérêt du commerce qui a motivé l'exception, il faut logiquement appliquer cette exception même à un acte commercial isolé, de la part de celui qui n'est pas commerçant. (T. IV, art. 1326, n° 219 ; comp. Toullier, t. IV, p. 481.)

Mais celui qui fait un acte isolé de commerce, n'est pas, même momentanément, commerçant ni marchand. (Art. 1 du Code de comm.)

Et comme il s'agit d'une exception, il nous paraît plus sûr de ne pas l'étendre au delà des termes mêmes de la loi. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 823, note 3 ; Duranton, t. VIII, n° 178 ; Devilleneuve et Massé, *Dict. du Droit canon*, v° *Acte sous seing privé*, n° 5 ; *Encyclop. du Droit*, v° *Bon pour*, n° 71, Sebire et Carteret ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 505.)

480. — Les *artisans* sont généralement ceux dont les moyens d'existence consistent dans l'exercice d'un art mécanique.

Telle est l'acception dans laquelle le législateur a employé ce mot dans l'article 762. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 128.)

Et c'est aussi certainement la même acception qu'il lui a donnée dans l'article 1326, d'après le motif sur lequel cette exception est fondée.

Nous avons ailleurs expliqué déjà la différence qu'il faut faire entre le commerçant et l'artisan. (Comp. *supra*, n° 112 ; et notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, t. II, n° 262 ; Liége, 19 février 1824, D. *Rec. alph.*, 10, 691 ; *Encyclop. du Droit*, v° *Bon pour*, n° 19.)

481. — La qualité de *laboureurs* et de *vignerons*, dans le sens où l'emploie l'article 1326, n'appartient qu'à

ceux qui travaillent, de leur personne, à la culture des terres, et qui tirent de ce travail leurs moyens d'existence :

Soit qu'ils se livrent aux travaux agricoles proprement dits, ou plus spécialement à l'éducation des bestiaux ;

Soit qu'ils cultivent leurs propres terres, ou celles d'autrui, comme colons ou fermiers ;

Soit enfin qu'ils travaillent seuls ou avec la collaboration de leur famille ou de domestiques à leur service.

Ces diverses circonstances ne modifient pas leur qualité de laboureurs ou de vignerons, dès que ce sont eux-mêmes qui, de leur personne, se livrent à l'exploitation de la terre. (Comp. Cass., 23 févr. 1824, Sirey, 1824, I, 194; Bordeaux, 22 juill. 1829, Sirey, 1829, II, 341; Grenoble, 22 août 1829, Sirey, 1830, II, 76 ; Nîmes, 4 janvier 1830, Sirey, 1830, II, 184; Cass., 1er févr. 1836, Durand, Dev., 1836, I, 611 ; Cass., 17 févr. 1836, Hurlaux, Dev., 1836, I, 660; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 393 ; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 23.)

482. — C'est assez dire qu'il ne faut pas comprendre, dans cette dénomination, les personnes qui, par des circonstances particulières, soit par goût pour les travaux agricoles, soit parce qu'elles n'auraient pas trouvé de fermiers pour exploiter leurs terres, se seraient mises elles-mêmes à les cultiver.

Ce ne sont point là, dans le sens grammatical ni juridique de ce mot, des laboureurs ni des vignerons ; ce sont, en général, des personnes, des propriétaires que leur éducation, leur fortune et leur rang dans la société ne permettent point de placer dans l'exception. (Comp. Nîmes, 4 mai 1852, Toulelle, Dev., 1853, II, 106.)

483. — Quant aux gens *de journée et de service*, cette dénomination même suffit à les définir. (Comp. art. 109, 1780, 1781, 2101, 4°, 2272.)

Cette classe comprend tous ceux qui tirent leurs moyens d'existence des travaux qu'ils accomplissent, de

leur personne, en qualité de domestiques, de manouvriers, de salariés;

De quelque manière que leurs gages soient fixés, à l'année, au mois, au jour, ou autrement;

Qu'ils soient attachés au service de la personne et du ménage; de la propriété; d'une usine ou d'un établissement industriel quelconque.

Mais ne serait-ce pas aller trop loin que d'assimiler aux gens de journée et de service le sacristain d'une église?

La Cour de Lyon l'a décidé ainsi. (14 mai 1833, D. 1833, II, 149; *Encyclop. du Droit*, v° *Bon pour*, n° 21.)

484. — C'est à l'époque même où l'acte a été fait, que l'on doit s'attacher pour décider si le signataire se trouvait, en raison de sa qualité personnelle, dans l'une des exceptions, que nous venons d'énoncer.

Si, à cette époque, et au moment de la confection de l'acte, le signataire se trouvait dans un cas d'exception, l'acte n'était pas soumis à la nécessité du *Bon pour;* et par conséquent, le signataire ne pourrait pas ensuite se prévaloir de l'inaccomplissement de cette formalité, lors même qu'il aurait cessé d'être dans l'exception, avant l'échéance du terme ou avant l'accomplissement de la condition, à laquelle l'obligation, constatée par cet acte, était soumise.

C'est ainsi que les billets souscrits par un commerçant, pendant l'exercice de sa profession, font pleine foi contre lui après la cessation de son commerce, quoique non revêtus de la formalité du *bon pour*.

Mais que cet ancien commerçant souscrive un billet, après la cessation de son commerce, il sera soumis à la règle générale, qui exige l'accomplissement de cette formalité.

L'état de choses, antérieur ou postérieur à la qualité personnelle, qui engendre l'exception, n'est donc pas à considérer:

Avant, la qualité n'existait pas encore ;

Après, elle n'existait plus.

On a, toutefois, proposé, pour ce dernier cas, d'admettre que les billets souscrits par un commerçant, après la cessation de son commerce, feraient foi, quoique non revêtus de la formalité du *bon pour*, dans le cas où ces billets auraient été souscrits à une époque très-rapprochée de celle où il exerçait encore sa profession, et avant que son changement de situation ait pu être connu des tiers.

Le droit rigoureux ne s'y oppose-t-il pas ! (Comp. Paris, 18 févr. 1807, Sirey, 1808, II, 786.)

Cet amendement pourtant nous paraîtrait conforme à l'équité, à la bonne foi, et par conséquent aussi à la véritable intention du législateur. C'est aux magistrats qu'il appartiendrait d'apprécier le caractère du fait, et si le tiers a pu être, en effet, trompé par une fausse apparence. (Comp. Caen, 15 déc. 1824, Sirey, 1826, II, 3; Toullier, t. VI, n° 299; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 393; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 25.)

485. — Primus, marié à Prima, est commerçant ou artisan; et il se trouve, en conséquence, dans un cas d'exception à la règle posée par l'article 1326.

Prima se trouve-t-elle aussi dans l'exception, de plein droit, en sa seule qualité de femme de Primus ?

De plein droit?

Évidemment non ! car il résulte de plusieurs textes, soit du Code Napoléon, soit du Code de commerce, que la femme n'est pas marchande publique, par cela seul que son mari est marchand. (Art. 220, Code Napol.; art. 4, 5 et 113, Code de comm.)

Ces textes sont conformes à la vérité du fait. Il arrive très-souvent que le mari exerce un commerce ou un art quelconque, sans que la femme y participe; et on ne saurait, en conséquence, lui attribuer la qualité de commerçante, qu'autant qu'il est constaté, après vé-

rification, qu'elle exerce elle-même personnellement le commerce.

Il ne suffirait pas qu'elle *ne fît que détailler les marchandises du commerce de son mari* (art. 220), ou même qu'elle lui prêtât, d'une autre manière, le secours de sa collaboration, en se chargeant, par exemple, de la tenue de ses livres, de sa correspondance, ou de sa comptabilité. Ces différentes circonstances, isolées ou même réunies, ne prouveraient pas nécessairement qu'elle est elle-même commerçante, s'il était reconnu qu'elle se borne seulement à aider de son concours le commerce de son mari. (Comp. Cass., 12 janv. 1814, Sirey, 1814, I, 33; Cass., 6 mai 1816, Sirey, 1816, I, 227; Cass., 1er mai 1820, Sirey, 1820, I, 416; Angers, 11 déc. 1823, Sirey, 1824, II, 87; Toullier, t. VI, n° 300; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 393; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 26.)

486. — Il faut en dire autant de la femme d'un laboureur ou d'un vigneron.

Il est vrai que, en fait, il arrivera plus souvent que la femme d'un mari occupé aux travaux des champs, y soit elle-même personnellement occupée avec lui et comme lui, de manière à devoir être également considérée comme ayant la qualité de laboureur. (Comp. Grenoble, 22 août 1829, Sirey, 1830, II, 76; Lyon, 12 déc. 1829, Sirey, 1831, II, 69; Cass., 9 déc. 1839, Druyer, Dev., 1840, I, 30.)

Mais la règle n'en est pas moins la même que lorsqu'il s'agit de la femme d'un commerçant; à savoir : que la qualité professionnelle du mari ne se communique pas de plein droit à la femme.

Et si, en effet, la femme d'un laboureur ou d'un vigneron n'était pas associée elle-même personnellement aux travaux agricoles de son mari, les billets souscrits par elle devraient être revêtus de la formalité du *bon pour*. (Comp. Caen, 9 janv. 1827, Sirey, 1828, II, 84; Cass.,

22 juill. 1828, Sirey, 1829, I, 88; Cass., 26 févr. 1845, Monnoyer, Dev., 1845, I, 731.)

487. — La même solution est aussi, par les mêmes motifs, applicable aux femmes des gens de journée ou de service.

488. — Que faudrait-il décider, si, comme il arrive souvent, un même billet était souscrit à la fois par plusieurs personnes, dont les unes se trouveraient dans la règle, et les autres dans l'exception?

La réponse est bien simple.

La règle serait applicable aux premières;

Et l'exception aux secondes.

En d'autres termes, le billet ne ferait foi contre les unes, qu'autant qu'il serait revêtu de la formalité du *bon pour;*

Tandis qu'il ferait foi contre les autres, quoiqu'il n'en fût pas revêtu.

Ce n'est pas à dire, sans doute, que le poids entier de la dette devrait toujours rester définitivement à la charge de ceux des souscripteurs, qui se trouvaient dans le cas de l'exception!

Ces souscripteurs pourraient établir, contre ceux d'entre eux, qui se trouvaient dans la règle, qu'ils ont eux-mêmes contracté la dette, soit conjointement pour moitié, ou pour toute autre part, soit solidairement, et exercer en conséquence, contre eux, leur recours, s'ils avaient payé au delà de leur part.

Le même droit appartiendrait aussi directement au créancier contre ceux des souscripteurs qui, se trouvant dans la règle, n'auraient pas rempli la formalité du *bon pour*. (Comp. *infra*, n° 491, Toullier, t. VI, n° 300; Duranton, t. XIII, n° 181; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 27; *Encyclop. du droit*, v° *Bon pour*, n° 25.)

489. — III. Il nous reste à examiner quel est l'effet de l'inaccomplissement de la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, prescrite par l'article 1326. (*Supra*, n° 448.)

L'inaccomplissement de la formalité du *bon pour* a certainement pour conséquence que l'acte ne fait pas foi de l'obligation, qui y est portée, contre la personne qui l'a souscrit.

C'est une exception à la règle générale de l'article 1322 d'après lequel :

« L'acte sous seing privé reconnu par celui auquel « on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre « ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants « cause, la même foi que l'acte authentique. »

Voici, au contraire, un acte sous seing privé, dont celui qui l'a souscrit reconnaît la signature.

Et pourtant cet acte ne fait pas foi contre lui.

Il en faut conclure :

1° Que le porteur de cet acte ne pourrait pas s'en prévaloir pour former une saisie-arrêt sans permission de justice. (Comp. art. 557, Code de procéd.);

2° Que les juges ne pourraient pas fonder sur cet acte une condamnation contre le souscripteur.

Cette déduction est incontestable.

490. — Mais deux questions s'élèvent, à savoir :

a. Si l'obligation, qui est portée dans l'acte, est indépendante de l'irrégularité et de l'insuffisance de cet acte, et si l'existence peut en être établie par tous les autres modes de preuves : par le serment décisoire, par l'interrogatoire sur faits et articles et par la preuve testimoniale, lorsque la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs. (Art. 1341.)

b. Si même cet acte peut être admis comme un commencement de preuve par écrit, pour donner passage à la preuve testimoniale, lors même que la valeur excéderait cent cinquante francs, aux présomptions, et au serment supplétoire. (Art. 1347, 1367.)

491. — *a.* La première question ne présente pas, suivant nous, de difficulté.

Assurément oui ! l'obligation, dans ce cas, est indé-

pendante de l'irrégularité de l'acte; et l'existence peut en être établie par tous les modes légaux de preuves :

1° Le texte de l'article 1326, en effet, très-différent, sous ce rapport, du texte de l'article 1325, ne déclare pas que l'acte sous seing privé, non revêtu de la formalité du *bon pour*, est nul ou non valable.

Il se borne à disposer que l'acte, dont il s'occupe, *doit être écrit* en entier de la main du souscripteur, ou du moins *qu'il faut* qu'outre sa signature, il contienne un *bon pour* ou un *approuvé*.

Mais quelle sera la sanction de l'inaccomplissement de cette formalité?

Le texte ne le dit pas; il ne prononce aucune formule irritante, d'où l'on puisse induire qu'il crée une présomption légale de fraude, qui rendrait, dans ce cas aussi, l'article 1352 applicable.

Ce qui en résulte donc seulement, c'est que cet acte, irrégulier et insuffisant, ne fait pas foi contre la personne qui l'a souscrit.

2° Cette différence entre l'article 1325 et l'article 1326 était d'ailleurs commandée par la raison et par l'équité.

Qui n'aperçoit, en effet, combien une présomption absolue de fraude, dans le cas de l'article 1326, aurait été illogique et inique!

Illogique; car si le législateur a présumé, dans la théorie des doubles, que les parties qui font, par acte sous seing privé, une convention synallagmatique, ont entendu en subordonner la formation à la condition que ces actes seront faits doubles, il est de toute évidence qu'aucune présomption de ce genre ne saurait servir de base à la théorie du *bon pour ;*

Inique; car s'il est possible que l'omission du *bon pour* soit le résultat d'une fraude ou d'une surprise coupable, il se peut aussi que cette omission n'ait été commise que par inadvertance ou par ignorance, et que l'obligation portée dans l'acte ait une cause légitime.

Ce serait donc dépasser le but, et bien au delà, que de frapper cette obligation d'une nullité absolue; ce serait se jeter dans une exagération, qui aurait pour résultat de permettre à des débiteurs de mauvaise foi de se soustraire à leurs engagements, et de s'enrichir malhonnêtement aux dépens de leurs créanciers!

3° Aussi, l'ancienne jurisprudence elle-même n'avait-elle pas consenti à commettre cette exagération, sous l'empire de la Déclaration de 1733, dont les termes pourtant étaient bien plus expressifs que ceux de notre article 1326, puisqu'ils portaient que, à défaut du *bon pour*, les billets étaient *nuls et de nul effet!* (*Supra*, n° 446.)

Et un arrêt du Parlement de Paris du 5 juillet 1748 avait, en effet, décidé que, malgré cette formule, l'existence et la validité de l'obligation, portée dans un tel billet, pouvait être établie par d'autres moyens.

A combien plus forte raison encore cette doctrine doit-elle être adoptée sous l'empire de notre Code. (Comp. Turin, 20 avril 1808, Sirey, 1809, II, 309; Cass., 23 avril 1829, Sirey, 1829, I, 366; Paris, 19 avril 1830, Dev., 1831, II, 69; Toullier, t. VI, n° 281; Duranton, t. XIII, n°s 187-188; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 394; Colmet de Santerre, t. V, n° 289 *bis*, VI; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 28.)

492. — *b*. Mais l'acte, non revêtu du *bon pour*, peut-il être admis, à cet effet, comme un commencement de preuve par écrit?

C'est notre seconde question (*supra*, n° 490), et celle-ci est controversée.

La solution négative a des partisans, qui prétendent, en effet, que les juges ne doivent tenir aucun compte de cet acte :

1° Pourquoi cet acte est-il destitué de la force probante qui appartient, en général, aux actes sous seing privé dont l'écriture et la signature sont reconnues?

C'est parce que le législateur présume qu'il est le résultat d'une fraude ou d'une surprise.

Et, par conséquent, le même motif, qui s'oppose à ce qu'il fasse preuve, s'oppose à ce qu'il fasse commencement de preuve;

Puisque le commencement de preuve serait entaché de la même suspicion que la preuve!

2° La doctrine contraire d'ailleurs ne tendrait à rien moins qu'à rendre illusoire la disposition de l'article 1326.

Si cet acte, en effet, peut être présenté comme un commencement de preuve par écrit, soyez assuré, dit-on, que celui qui entend s'en prévaloir, le présentera, toujours comme tel!

Que va donc devenir, dans ce système, la disposition de l'article 1326, et la protection que le législateur, qui l'a édictée, voulait garantir au souscripteur contre les dangers de ces sortes d'obligations? (Comp. Cass., 3 nov. 1812, Sirey, 1813, I, 35; Paris, 5 déc. 1816, Sirey, 1817, II, 399; Metz, 7 févr. 1823, Sirey, 1825, II, 149; Bourges, 11 janv. 1825, Sirey, 1825, II, 201; Lyon, 26 janv. 1828, Sirey, 1828, II, 259; Orléans, 24 déc. 1864, Levassor, Dev., 1865, II, 213; Delvincourt, t. II, p. 613.)

493. — Mais cette doctrine est aujourd'hui à peu près abandonnée; et il nous paraît facile, en effet, de démontrer qu'elle ne pouvait pas être admise:

1° Aux termes de l'article 1347:

« Le commencement de preuve par écrit est tout acte qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

Or, ces deux conditions se rencontrent dans l'acte non revêtu de la formalité du double.

La signature émane de celui auquel il est opposé; elle est reconnue;

Et on ne saurait nier que cet acte peut rendre vraisemblable le fait allégué.

2° On se récrie que c'est précisément cette seconde condition qui lui manque, puisque l'acte est présumé être le fruit de la fraude ou de la surprise !

Nous répondons qu'une telle objection est excessive et qu'elle prête au législateur une intention, que sans aucun doute il n'a pas eue.

Que la fraude soit possible, cela est vrai.

Mais il est aussi possible que l'omission du *bon pour* ne soit que le résultat de l'inadvertance, de l'erreur ou de l'ignorance.

L'enquête dira de quel côté est la vérité !

Aussi la disposition de l'article 1326 est-elle, considérée philosophiquement, préventive plutôt encore que répressive.

Et la présomption absolue de fraude par laquelle on prétend écarter complétement cet acte, dépasserait le but de la loi, de la manière la plus illogique et la plus inique.

3° Il faut bien remarquer, en effet, que nous ne disons pas que cet acte devra, toujours et nécessairement, être admis comme un commencement de preuve par écrit.

Ce que nous disons, c'est que les juges, auxquels il appartient de décider souverainement, dans chaque espèce, si l'acte, qui est présenté comme tel, rend vraisemblable le fait allégué, auront dans ce cas, comme dans tous les autres, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, soit pour le rejeter entièrement, soit pour l'admettre comme commencement de preuve par écrit.

Ce n'est donc point là rendre illusoire la disposition de l'article 1326.

C'est l'interpréter dans son vrai sens, en accordant au souscripteur de l'acte l'entière protection que le législateur a voulu lui assurer, sans lui permettre pourtant, à lui-même, de se faire de cette protection un moyen de fraude et d'iniquité. (Comp. Paris, 18 févr. 1808, Sirey, 1808, II, 786 ; Paris, 21 févr. 1815, Sirey, 1816,

II, 103; Cass. 2 juin 1823, Sirey, 1823, I, 294; Angers, 11 déc. 1824, Sirey, 1824, II, 86; Grenoble, 18 mai 1826, Sirey, 1828, II, 315; Lyon, 18 déc. 1828, Sirey, 1829, II, 250; Cass. 1er juill. 1828, Sirey, 1829, I, 199; Cass. 4 févr. 1829, Sirey, 1829, I, 196; Bordeaux, 31 mai 1830, Dev. 1831, II, 76; Cass. 4 mai 1831, Dev. 1831, I, 197; Cass. 21 mai 1832, Dev. 1832, I, 251; Metz, 28 mars 1833, Dev. 1835, II, 49; Cass. 18 nov. 1834, Dev. 1835, I, 393; Cass. 6 févr. 1839, Dev. 1839, I, 289; Cass. 26 févr. 1845, I, 731; Paris, 14 mai 1846, Dev. 1846, II, 299; Cass. 19 déc. 1853, Bertrand, Dev. 1854, I, 17; Poitiers, 17 juin 1867, Barbet, Dev. 1867, II, 7; et les auteurs cités *supra*, n° 492.)

494. — Que l'exécution volontaire de l'obligation portée dans le billet non revêtu de la formalité du bon pour, couvre l'irrégularité qui en résulte, cela est évident, lorsque l'exécution est totale.

Le billet portait, à la charge de Paul envers Pierre, une obligation de 2000 fr.

Et Paul a payé à Pierre les 2000 fr.

La ratification est complète! (Art. 1338.)

495. — Mais que faudrait-il décider, dans le cas où l'exécution serait seulement partielle?

Paul, par exemple, dans notre espèce, n'a payé à Pierre que 1000 fr.

Toullier semble répondre que le vice de l'acte est entièrement purgé, même dans ce cas; et son argument est déduit de l'article 1325, qui dispose que la nullité de l'acte non fait double, lorsqu'il contient une convention synallagmatique, est effacée par tout acte d'exécution de la part de l'un des contractants.

Mais cet argument n'est nullement concluant.

Si la nullité de l'acte non fait double est effacée par l'exécution, même seulement partielle, de la convention portée dans cet acte, c'est que la nullité, dont il s'agit, est fondée sur le motif que la convention, dans ce cas, est

présumée avoir été faite sous une condition (*supra*, n° 426) ; et dès lors, il était logique de décider qu'un acte quelconque d'exécution, de la part de l'un des contractants, suffirait à prouver que ce contractant avait, au contraire, considéré la convention comme pure et simple.

Très-différent est le motif sur lequel est fondée l'inefficacité de la force probante de l'acte non revêtu de la formalité du *bon pour*, dans le cas de l'article 1326 !

Ce que l'on craint alors, c'est que le souscripteur n'ait pas connu exactement le montant de la somme ou de la quantité portée dans l'acte ; et, en conséquence, le législateur le présume ainsi.

Il faut donc, pour qu'un fait d'exécution partielle efface, à titre de ratification, cette irrégularité, qu'il résulte de ce fait que le souscripteur a connu, en effet, exactement le montant de la somme ou de la quantité portée dans l'acte ; il faut, en un mot, que cette exécution partielle ait pour résultat d'en déterminer le chiffre d'une manière certaine. (Arg. de l'art. 1338.)

Autrement, le souscripteur sera toujours fondé, tout en avouant sa signature, à invoquer l'article 1326.

Le billet porte 2000 fr.

Et il a payé 1000 fr.

Eh bien ! il répondra, pour les 1000 fr. d'excédant, que l'article 1326 continue à le protéger, et qu'il serait absolument illogique de conclure, de ce qu'il a payé 1000 fr., qu'il a reconnu en devoir 2000, en vertu de ce billet, qui ne prouve pas contre lui le montant de la dette.

Ah ! ce serait autre chose, par exemple, s'il avait fait un payement d'intérêts correspondant à la totalité de la somme portée dans l'acte, ou si le montant de cette somme se trouvait établi de toute autre manière, par un autre acte émané de lui, ou par une quittance d'à-compte acceptée par lui et représentée en justice.

Voilà les faits d'exécution partielle, qui rendraient à

l'acte non revêtu de la formalité du *bon pour,* toute sa force probante.

Mais il faut nécessairement qu'ils aient ce caractère. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 395; Larombière, t. IV, art. 1326, n° 29.)

496. — En examinant quel est l'effet de l'omission de la formalité *du bon pour ou de l'approuvé,* nous avons toujours, jusqu'à présent, supposé que cette formalité a été omise dans l'acte.

Maintenant, voici un acte dans lequel elle a été remplie.

Mais il n'y a pas conformité entre le corps de l'acte et le *bon pour,* quant au chiffre de la somme ou de la quantité qu'ils énoncent.

Le chiffre est plus fort d'un côté que de l'autre.

Cette hypothèse, que la Déclaration de 1733 n'avait pas prévue, avait été examinée déjà pourtant, dans notre ancien Droit, par Pothier. (N°s 746-747.)

Et la solution, qu'il y avait donnée, est reproduite en ces termes par l'article 1327 :

« Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est « différente de celle exprimée au *bon,* l'obligation est « présumée n'être que de la somme moindre, lors même « que l'acte ainsi que le *bon* sont écrits en entier de la « main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit « prouvé de quel côté est l'erreur. »

La première partie de ce texte n'est que l'application toute naturelle à notre matière de la règle, qui est écrite dans la loi 9 au *Digeste, de Regulis juris :*

« *Semper in obscuris, quod minimum est sequimur;* »

Et que l'article 1162 reproduit en ces termes :

« Dans le doute, la convention s'interprète contre celui « qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté « l'obligation. »

497. — Trois hypothèses surtout peuvent se présenter :

1° Le corps du billet est écrit d'une main étrangère; il porte la dette à 3000 francs.

Mais le *bon pour*, écrit de la main de celui qui s'est obligé, ne porte la dette qu'à 2000 francs.

Le billet ne fera foi que pour 2000 francs.

« Cela n'est pas douteux, » disait Pothier. (N° 746.)

Cette hypothèse est, en effet, celle que le législateur a particulièrement en vue dans l'article 1327.

2° Le corps de l'acte est écrit en entier de la main de celui qui s'est obligé; il porte la dette aussi à 3000 francs.

Mais le *bon pour*, écrit également de sa main, ne porte la dette qu'à 2000 francs.

Le billet ne fera foi encore que pour 2000 francs.

Cette seconde application de notre règle aurait pu paraître contestable; car enfin, le billet, par lui-même et par lui seul, pouvait faire preuve de cette dette de 3000 francs, contre celui qui l'a écrit en entier de sa main. Le *bon pour* était, en ce cas, inutile; n'était-ce pas le cas de dire : *utile per inutile non vitiatur?* et comment se peut-il que cette formalité surabondante infirme la force probante, qui appartenait au billet?

Elle l'infirme pourtant; notre article prévoit précisément cette hypothèse, pour la résoudre comme avait fait Pothier, qui disait que, même dans ce cas, dans le doute, *cæteris paribus*, on devait présumer que l'erreur avait été commise par le débiteur dans le corps de l'acte plutôt que dans le *bon pour*.

3° Enfin, le billet est écrit d'une main étrangère; il porte la dette à 2000 francs.

Mais le *bon pour*, écrit de la main de celui qui s'est obligé, porte la dette à 3000 francs.

Le billet ne fera foi que pour 2000 francs.

Eh quoi! n'est-ce pas le débiteur lui-même qui, dans le *bon pour*, a écrit, en toutes lettres, la somme qu'il reconnaît devoir?

Il est vrai.

Mais la généralité de l'article 1327 comprend certainement, suivant nous, cette troisième hypothèse comme les deux autres :

« *Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est dif-*
« *férente de celle exprimée au bon,* l'obligation est présu-
« mée n'être que de la somme moindre. »

Nous sommes donc bien dans les termes de la loi; et puisqu'il y a contradiction entre la somme énoncée au corps de l'acte et la somme énoncée au bon, c'est encore en faveur du débiteur, que l'interprétation doit être faite, dans le doute.

498. — Dans le doute! disons-nous.

La seconde partie de notre article ajoute en effet :

« .... A moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'er-
« reur. »

Ce qui est conforme au vrai sens de l'article 1162, qui n'admet cette interprétation en faveur du débiteur, que *cæteris paribus,* suivant l'expression de Pothier, c'est-à-dire lorsque le doute est invincible et ne peut pas être dissipé par une preuve. (Comp. le tome II de ce *Traité,* n° 24.)

Cette preuve que l'erreur est d'un côté plutôt que de l'autre, est autorisée, par l'article 1327, dans toutes les hypothèses auxquelles il s'applique.

Et, par conséquent, elle pourrait être faite par le créancier, même dans la première hypothèse que nous venons de présenter, où le corps du billet, écrit d'une main étrangère, énoncerait une somme plus forte que la somme énoncée dans le bon, écrit en toutes lettres de la main du débiteur.

Le texte est général ; et M. Colmet de Santerre a eu raison de dire « qu'il ne faut pas faire prédominer, d'une façon irréfragable, la mention (le bon) sur le corps de l'acte. » (T. V, n° 290 *bis.*)

499. — La preuve, en cas pareil, peut être faite par tous moyens, que la loi reconnaît.

Et il ne nous paraît pas douteux que les juges peuvent admettre, comme commencement de preuve par écrit, pour donner passage à la preuve testimoniale, aux présomptions et au serment supplétoire, soit le corps de l'acte, soit le bon pour :

Le corps de l'acte, afin de prouver l'erreur dans le bon pour ;

Le bon pour, afin de prouver l'erreur dans le corps de l'acte.

Car ces deux parties d'un même tout se trouvant en désaccord, ne forment, ni l'une ni l'autre, une preuve complète; et chacune d'elles, en conséquence, peut former, suivant les cas, un commencement de preuve contre l'autre. (Comp. Toullier, t. VI, n° 297; Duranton, t. XIII, n° 193; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 395; Larombière, t. IV, art. 1327, n° 2.)

500. — Dans certains cas, d'ailleurs, il sera facile de reconnaître de quel côté est l'erreur, à l'aide des énonciations de l'acte même.

Il pourra en être ainsi notamment, lorsque le corps du billet énoncera la cause de la dette.

Le corps du billet porte la dette à 3000 francs.

Et le *bon pour* la porte à 2000 francs.

Mais, dans le corps du billet, il est écrit que cette dette de 3000 francs a pour cause la livraison de tant de mesures de denrées qui, au cours du jour où le billet a été souscrit, valaient, en effet, 3000 francs.

C'est donc le débiteur, qui s'est trompé dans le *bon pour;* ce n'est pas le créancier, qui s'est trompé dans le corps de l'acte.

Supposez encore qu'un bordereau des espèces déposées soit joint à un acte de dépôt, et qu'il y ait différence entre le montant des espèces et le chiffre exprimé dans le billet ; il est clair que la somme due consisterait dans le montant des espèces énoncé par le bordereau, et non pas dans le chiffre énoncé par le billet. (Comp. Pothier,

nos 746-747; Bonnier, n° 677; Larombière, t. IV, art. 1327, n° 2.)

B

DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ, A L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE.

501. — Exposition.
502. — Suite. — Historique.
503. — Suite.
504. — Suite. — Texte des articles 1322 et 1328.
505. — Explication générale.
506. — Division.
507. — I. A l'égard de quelles personnes l'acte sous seing privé fait, par lui-même, foi de sa date; et à l'égard de quelles personnes, au contraire, il ne fait foi de sa date que dans les cas déterminés par l'article 1328. — L'acte sous seing privé fait foi de sa date, à l'égard de trois classes de personnes.
508. — Observation générale en ce qui les concerne. — Quoique la date de l'acte sous seing privé fasse foi contre elles, il ne s'ensuit pas qu'elles ne puissent contester cette date que par le moyen de l'inscription de faux.
509. — *a*. L'acte sous seing privé fait foi de sa date entre ceux qui l'ont souscrit. — Explication.
510. — 1° Ce principe est-il applicable au cas prévu par l'article 472, en ce qui concerne la reddition du compte de tutelle?
511. — 2° Est-il applicable au cas prévu par l'article 1975, en ce qui concerne la constitution d'une rente viagère?
512. — 3° Est-il applicable au cas où l'un des souscripteurs de l'acte a été, pendant une certaine période de sa vie, incapable de contracter l'obligation, qui est portée dans l'acte sous seing privé?
513. — Suite.
514. — Des actes sous seing privé souscrits par une femme mariée, et qui portent une date antérieure à son mariage.
515. — Suite.
516. — Les actes sous seing privé, souscrits par un mandataire, en cette qualité, font-ils foi de leur date, à l'égard du mandant, lors même qu'ils n'ont acquis une date certaine que depuis la révocation du mandat?
517. — Suite. — Des actes souscrits par le tuteur, en sa qualité d'administrateur des biens du mineur.
518. — Suite. — Des actes souscrits par le mari, en sa qualité d'administrateur des biens de sa femme.
519. — Des actes souscrits par un mandataire judiciaire. — Exemples.
520. — Des actes souscrits par celui que le mandataire s'est substitué dans sa gestion.
521. — *b*. L'acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard des héritiers de ceux qui l'ont souscrit.

522. — Le mot : héritiers, dans l'article 1322, comprend tous ceux qui succèdent *in universum jus defuncti.*
523. — Cette disposition de l'article 1322 cesse toutefois d'être applicable dans le cas où l'héritier peut invoquer un droit à lui propre, et qui lui appartient de son chef. — De l'héritier bénéficiaire.
524. — De l'héritier réservataire. — Renvoi.
525. — *c.* L'acte sous seing privé fait foi de sa date, à l'égard des ayants cause à titre particulier de ceux qui l'ont souscrit. — Explication.
526. — Mais qu'est-ce qu'un ayant cause à titre particulier? — Et à quels signes est-il possible de le distinguer d'avec un tiers?
527. — Suite.
528. — Suite.
529. — Application de la thèse qui vient d'être exposée : d'abord, aux acquéreurs; ensuite, aux créanciers.
530. — *a.* Des acquéreurs à titre onéreux. — Exposition de la doctrine de Toullier.
531. — Suite. — Réfutation.
532. — Suite.
533. — Des acquéreurs à titre gratuit.
534. — Il n'y a pas à distinguer entre les différents droits, qui ont pu être concédés par l'acte sous seing privé sans date certaine, et qui sont opposés à l'acquéreur.
535. — Observation générale, relativement à la loi du 23 mars 1855, sur la transcription.
536. — La doctrine, qui vient d'être exposée, sur la distinction entre les ayants cause et les tiers, a conservé toute son importance dans son application à la transmission des meubles et des droits mobiliers. — Exemple.
537. — Faut-il appliquer cette doctrine à l'acquisition des choses incorporelles, et notamment à celle qui s'opère par le transport-cession des créances? — Observation.
538. — Suite.
539. — Suite.
540. — Suite.
541. — Suite.
542. — *b.* Des créanciers. — Explication.
543. — Suite. — Application en cas de faillite.
544. — Suite.
545. — Suite.
546. — Dans quels cas les créanciers peuvent devenir des tiers, soit à l'égard de leur débiteur, soit les uns à l'égard des autres.
547. — Suite.
548. — Suite.
549. — Suite.
550. — Suite.
551. — Suite. — Les quittances sous seing privé, délivrées par un créancier, dont la créance a été frappée de saisie-arrêt, peuvent-elles être opposées au tiers-saisissant, lorsqu'elles n'ont pas acquis une date certaine avant la saisie ou avant la dénonciation de la demande en validité de la saisie?

552. — Dans quels cas les créanciers d'un même débiteur deviennent des tiers les uns à l'égard des autres. — Explication.
553. — Suite.
553 *bis*. — Suite.
554. — Suite. — Application de ce principe à l'hypothèque légale de la femme mariée.
555. — Suite.
556. — II. Les actes sous seing privé acquièrent une date certaine, à l'égard des tiers, dans trois cas, que l'article 1328 détermine.
557. — *a*. L'enregistrement est le premier moyen, que le législateur indique pour donner une date certaine à l'acte sous seing privé. — Observation.
558. — *b*. La seconde circonstance par laquelle l'acte sous seing privé acquiert une date certaine, est la mort de celui ou de l'un de ceux qui l'ont souscrit. — Explication.
559. — Suite.
560. — Suite.
561. — *c*. En troisième lieu, l'acte sous seing privé acquiert une date certaine du jour où sa substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. — Explication.
562. — Suite.
563. — Suite.
564. — Observation générale.
565. — L'article 1328 est-il limitatif ou simplement démonstratif? — En d'autres termes, un acte sous seing privé peut-il acquérir une date certaine contre les tiers, en dehors des cas que cet article détermine?
566. — Suite.
567. — Suite.
568. — Suite.
569. — Suite.
570. — Suite.
571. — Suite.
572. — Suite.
573. — Suite.
574. — Suite.
575. — La règle posée par l'article 1328 ne constitue pas, toutefois, un moyen d'ordre public, auquel il ne serait pas permis aux parties de renoncer. — Conséquences.
576. — *a*. Le tiers peut, en reconnaissant la sincérité de la date de l'acte sous seing privé, qu'on lui oppose, renoncer à se prévaloir de l'article 1328.
577. — Suite.
578. — Suite.
579. — *b*. Le tiers doit être déclaré non recevable à se prévaloir de la règle posée par l'article 1328, lorsqu'il a commis, par une collusion dolosive avec son auteur, une fraude au préjudice de la partie, qui lui oppose un acte sous seing privé sans date certaine.

580. — Suite.
581. — La disposition de l'article 1328 n'est pas, en principe, applicable aux actes sous seing privé, qui constatent des conventions ou des opérations commerciales.
582. — La disposition de l'article 1328 comporte également une exception, en ce qui concerne l'expropriation pour cause d'utilité publique.
583. — Du cas où les deux actes, entre lesquels le conflit s'élève, ont acquis une date certaine au même moment. — Observation.
584. — Suite.
585. — Suite.
586. — Suite.
587. — Suite.
588. — Suite.
589. — Suite.

501. — Nous arrivons à un sujet important et difficile.

Il s'agit de savoir à l'égard de quelles personnes et dans quels cas l'acte sous seing privé fait foi de sa date.

C'est la distinction célèbre des ayants cause et des tiers!

502. — Cette théorie de la date des actes sous seing privé à l'égard des tiers, paraît être aussi pourtant d'origine moderne.

Inconnue pendant longtemps dans notre ancienne jurisprudence, ce n'est que vers le dix-septième siècle qu'on la trouve, pour la première fois, nettement consacrée par deux arrêts : l'un, du Parlement de Rouen, du 2 mars 1629; l'autre, du Parlement de Paris, du 19 août 1729.

Pothier, dans son *Traité des Obligations*, ne fait guère que la mentionner (n° 750); de même, dans son *Traité de la Vente* (n° 32).

Et s'il y revient dans son *Traité de la Communauté* (n° 259), c'est seulement d'une manière incidente, à l'occasion d'une question spéciale.

Ce qu'ont fait également Lebrun, dans son *Traité de la Communauté* (liv. II, chap. I, sect. V, n°s 19-20), et Duparc-Poullain, dans ses *Principes de Droit*. (T. V, n° 43;

comp. aussi Ferrières, sur la *Cout. de Paris*, art. 104, § 1, n° 25; Bourjon, t. I, p. 466, n° 10; Davot et Bannelier, *Traité sur diverses matières de Droit français*, t. IV, p. 39, 64 et 67.)

Du moins, peut-on affirmer que cette théorie n'avait pas obtenu, dans la jurisprudence et dans la doctrine anciennes, l'importance considérable, qu'elle a acquise de notre temps.

503. — Les rédacteurs du Code Napoléon n'y ont pourtant consacré qu'un seul texte : l'article 1328, auquel s'ajoutent quelques autres articles, soit dans le Code Napoléon (1322, 1410, 1558, 1743, 2102), soit dans le Code de procédure (art. 684, 685, 686).

C'est bien peu, sans doute, pour une telle matière, si intéressante et si pratique!

Mais Pothier, le guide habituel du législateur de 1804, lui manquait dans cette voie.

Et c'est le laconisme de Pothier qui nous paraît pouvoir seul expliquer le laconisme de notre Code.

Ajoutons toutefois que cette insuffisance des textes législatifs a été, autant que possible, réparée par la jurisprudence et par la doctrine; car il est peu de matières sur lesquelles les arrêts et les auteurs présentent des documents plus nombreux et plus considérables. (Comp. Serrigny, *Revue de droit français et étranger*, 1846, t. III, p. 532; Bugnet, *Encyclopédie du Droit*, t. I, v° *Ayant cause;* Marinier, *Revue pratique*, 1856 et 1857, t. I, p. 490 ; t. II, p. 73 et 262.)

504. — Cette thèse tout entière consiste, à vrai dire, dans le conflit, qui s'élève entre deux de nos textes, l'article 1322 et l'article 1328.

Il est donc, avant tout, nécessaire de les mettre en présence.

Aux termes de l'article 1322 :

« L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on « l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre

« ceux qui l'ont souscrit, et leurs héritiers et ayants cause,
« la même foi que l'acte authentique. »

Et, aux termes de l'article 1328 :

« Les actes sous seing privé n'ont de date contre les
« tiers, que du jour où ils ont été enregistrés, du jour
« de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont
« souscrits, ou du jour où leur substance est constatée
« dans des actes dressés par des officiers publics, tels que
« procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. »

On voit que c'est bien effectivement entre ces deux textes que le conflit s'engage, et qu'il s'agit de faire à chacun d'eux sa part d'application, en lui marquant sa limite.

Êtes-vous un souscripteur de l'acte, son héritier ou son ayant cause?

Cet acte fera foi de sa date contre vous par lui-même, d'après l'article 1322.

Êtes-vous un tiers?

Cet acte ne fera foi de sa date contre vous, que sous les conditions et dans les cas déterminés par l'article 1328.

505. — Pourquoi cette différence, quant à la date, entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé?

Le motif en apparaît de lui-même !

Mais il n'est pas sans intérêt de le préciser; car c'est surtout ce motif, qui nous acheminera sûrement vers la solution du problème à résoudre, de la distinction des ayants cause d'avec les tiers.

Que l'acte authentique fasse foi par lui-même, *erga omnes*, de sa date comme des autres énonciations qu'il renferme, cela se comprend; sa date est, comme les autres énonciations, garantie par le témoignage d'un officier public. (Comp. *supra*, n° 275; loi du 25 ventôse an XI, art. 11, sur le notariat.)

Tout autre est l'acte sous seing privé, qui est l'œuvre de simples particuliers sans caractère officiel, et dans lequel il est si facile d'énoncer de fausses dates !

Or, c'est, en effet, afin de prévenir certaines fraudes, qui pourraient y être si facilement commises par des antidates, que le législateur a édicté la disposition de l'article 1328.

Afin de prévenir certaines fraudes, disons-nous.

Lesquelles?

Le législateur a-t-il eu la prétention de pourvoir à tous les dangers imaginables que peut offrir, dans la pratique, l'incertitude de la date dans les actes sous seing privé?

Assurément non! il ne l'a pas eue; et nous avons déjà remarqué qu'il ne pouvait pas raisonnablement l'avoir.

Il a donc eu seulement en vue un certain genre de fraudes, l'un des plus dangereux; à savoir: celui par lequel les parties contractantes, dans un acte sous seing privé, pourraient entreprendre de porter atteinte, après coup, par une antidate, à des droits antérieurement acquis par des personnes, qui n'ont pas figuré dans cet acte.

Tel fut, dès son origine, le caractère déterminé et le but défini de la théorie de la date dans les actes sous seing privé. La preuve en résulte des exemples, toujours les mêmes, auxquels nos anciens auteurs l'appliquaient. (Comp. Pothier, Lebrun, Duparc-Poullain, *supra*, n° 502.)

Et tel est encore aujourd'hui le caractère qui la distingue, et l'unique but qu'elle se propose.

506. — Voici donc les deux points, qui doivent être l'objet de notre étude; à savoir:

I. — A l'égard de quelles personnes l'acte sous seing privé fait, par lui-même, foi de sa date, aux termes de l'article 1322?

Et à l'égard de quelles personnes, au contraire, il ne fait foi de sa date que dans les cas définis par l'article 1328?

II. Quels sont les faits qui, aux termes de l'article 1328, donnent une date certaine à l'acte sous seing privé, même à l'égard de cette seconde classe de personnes?

507. — I. L'article 1322 indique trois classes de personnes envers lesquelles l'acte sous seing privé fait foi de sa date par lui-même :

a. Ceux qui l'ont souscrit;

b. Leurs héritiers;

c. Leurs ayants cause.

508. — Nous devons d'abord poser une règle, qui leur est commune.

L'article 1322 dispose que l'acte sous seing privé, en ce qui concerne ces trois classes de personnes, a la même foi que l'acte authentique.

Or, la date de l'acte authentique ne peut être contestée que par le moyen d'une inscription de faux.

En faut-il conclure que la date de l'acte sous seing privé ne peut être contestée aussi qu'au moyen de l'inscription de faux, par ceux qui l'ont souscrit, par leurs héritiers et ayants cause?

Il n'en est pas ainsi; et cette déduction manquerait d'exactitude précisément dans le cas où ces trois classes de personnes peuvent avoir intérêt à contester la date de l'acte auquel elles ont figuré.

Quels sont, en effet, ces cas?

Ce sont ceux dans lesquels le souscripteur de l'acte, ses héritiers et ayants cause, attaquant cet acte pour cause de fraude, prétendent que la fausse date qui lui a été donnée, a été le moyen employé pour dissimuler cette fraude, et qu'elles ont entrepris de rendre valable, par une antidate ou une postdate, une convention ou une disposition quelconque qui aurait été nulle, si elle avait porté sa date véritable.

C'est-à-dire finalement que la question de date, ainsi engagée, se transforme toujours en une question de validité ou de nullité de la convention ou de la disposition, que l'acte renferme; en une question, disons-nous, de nullité ou de validité pour cause de fraude;

Or, la fraude peut être prouvée soit par témoins, soit par présomptions (art. 1353);

Donc, la fausseté de la date qui constitue, dans ce cas, la fraude, peut être de même prouvée par ces moyens. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 398; Larombière, t. IV, art. 1322, nos 6, 7.)

509. — *a*. L'acte sous seing privé fait foi de sa date entre ceux qui l'ont souscrit.

Était-ce bien la peine de le dire, que cette date, constatée par la signature, reconnue ou tenue pour reconnue, de la partie, fait foi contre elle!

Apparemment, la partie elle-même, qui a signé l'acte, n'est pas un tiers! M. Marinier remarque judicieusement que notre mot : *tiers* vient du mot latin : *tertius*, c'est-à-dire un *troisième*. Où seront les parties contractantes (au nombre de deux), si vous faites de l'une d'elles un tiers? (Ch. I, n° 4.)

Cette première application de l'article 1322 est donc d'évidence.

Mais il n'en est pas moins important de la poser solidement; car nous allons voir qu'elle a donné lieu elle-même, malgré son évidence, aux plus graves controverses.

Ainsi que nous venons de le dire, les parties elles-mêmes peuvent, au moyen d'une antidate ou d'une postdate, dans un acte sous seing privé, commettre des fraudes à la loi, et notamment entreprendre de se soustraire aux incapacités tutélaires, que le législateur a instituées dans leur intérêt privé, comme aussi dans l'intérêt public.

Or, on s'est vivement ému de cette possibilité de fraudes, si faciles à commettre, qui peuvent tenir en échec les dispositions les plus formelles de la loi; et il est arrivé que cette émotion a fait perdre de vue le principe le plus élémentaire de notre sujet.

Ce principe n'est autre, en effet, que celui que nous

venons de poser : que le souscripteur d'un acte sous seing privé n'est pas un tiers, et qu'il se trouve, par conséquent, dans l'article 1322, et non pas dans l'article 1328.

Des fraudes sont possibles de la part des souscripteurs eux-mêmes !

Assurément !

Mais ce n'est pas contre ce genre de fraudes que l'article 1328 a été fait.

Non ! l'acte 1328 n'a pas eu pour but de protéger les parties elles-mêmes contre les dangers des antidates et des postdates dans les actes sous seing privé, qu'elles souscrivent.

Qu'elles soient les auteurs ou les complices de cette simulation frauduleuse, ou qu'elles en soient les dupes ou les victimes par suite d'ignorance ou de tromperie, il n'y a pas à distinguer.

Elles ont souscrit cet acte.

C'est assez !

Cet acte fera foi contre elles de sa date, jusqu'à ce qu'elles aient prouvé que cette date a été simulée par dol ou par fraude. (Comp. *supra*, n° 508.)

Ce principe est capital.

Après l'avoir ainsi posé, il nous suffira d'énoncer les graves et nombreuses conséquences, qui en résultent :

510. — 1° Aux termes de l'article 472 :

« Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et « le mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé « d'un compte détaillé et de la remise des pièces justifi- « catives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant- « compte, dix jours au moins avant le traité. »

Eh bien! donc, un traité sur le compte de tutelle est intervenu entre Jules, devenu majeur, et Joseph, son tuteur.

Un récépissé sous seing privé, portant la date du 1er février 1875, signé de Jules, l'oyant-compte, constate

qu'il a été précédé, de dix jours au moins, d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives.

Et le traité porte, en effet, la date du 15 février.

Mais le recépissé n'a pas une date certaine, suivant les conditions déterminées par l'article 1328.

Fera-t-il foi néanmoins de sa date contre Jules?

Certainement oui!

Tant que Jules n'aura pas prouvé qu'il a été frauduleusement antidaté pour soustraire cette reddition de compte à l'application de l'article 472. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle,* etc., t. II, n° 60; Marinier, ch. I, n° 5.)

511. — 2° Aux termes de l'article 1974 :

« Tout contrat de rente viagère, créée sur la tête d'une « personne qui était morte au jour du contrat, ne produit « aucun effet. »

Et l'article 1975 ajoute :

« Il en est de même du contrat par lequel la rente a « été créée sur la tête d'une personne atteinte de la ma- « ladie, dont elle est décédée dans les vingt jours de la « date du contrat. »

Paul s'est engagé, moyennant un capital de 100 000 fr., à servir une rente viagère de 10 000 fr. à Pierre, sur la tête de Joseph.

L'acte sous seing privé de constitution de rente porte la date du 1er février 1875.

Mais cette date n'est pas certaine, suivant les conditions déterminées par l'article 1328.

Et voilà que Joseph, sur la tête duquel la rente viagère a été créée, décède le 25 février.

Pierre, le crédit-rentier, peut-il soutenir que l'acte de constitution n'a pas été fait à la date qu'il énonce; qu'il n'a été fait que le 15 février; que la personne sur la tête de laquelle la rente viagère a été créée, est donc décédée dans les vingt jours du contrat; et que, par conséquent, ce contrat étant nul,

Paul doit lui rendre les 100 000 fr. qu'il a reçus?

Non! certainement, si Pierre, en effet, prétend que l'acte, qu'il a signé, ne fait pas foi contre lui de sa date; d'où il résulterait que la charge de prouver la sincérité de cette date du 1er février, incomberait à Paul, le débit-rentier. Ce serait là une interversion des rôles, qui violerait le texte même de l'article 1322.

Que Pierre entreprenne de prouver, s'il le peut, qu'il y a là une fausse date et une simulation frauduleuse, c'est son droit!

Mais ce qui nous paraît incontestable, c'est que la charge de cette preuve lui incombe. (Comp. *infra*, n° 521.)

512. — 3° Mais voici surtout l'hypothèse dans laquelle le principe, que nous exposons, a rencontré le plus de résistances pour se faire reconnaître!

Paul a été frappé, le 1er février 1875, d'une interdiction judiciaire ou légale.

Ou il lui a été nommé un conseil judiciaire.

Et ensuite, Pierre présente à son tuteur, pendant la durée de son incapacité, ou il lui présente, à lui-même, après la mainlevée de cette incapacité, un acte sous seing privé portant la date du 1er janvier 1875, par lequel Paul a reconnu lui devoir une somme de 20 000 fr., pour cause de prêt.

Mais cette date du 1er janvier n'est pas devenue certaine par l'une des circonstances indiquées dans l'article 1328.

L'acte en fera-t-il néanmoins foi contre Paul?

Un parti considérable, dans la jurisprudence et dans la doctrine, a tout d'abord répondu négativement :

1° Aux termes de l'article 502 :

« L'interdiction ou la nomination d'un conseil judi-
« ciaire aura son effet du jour du jugement. Tous actes pas-
« sés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance
« du conseil, seront nuls de droit. »

Or, il n'est pas certain que cet acte sous seing privé, qui porte la date du 1er janvier, ait été, en effet, souscrit à cette date, c'est-à-dire antérieurement au jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil; il a pu être souscrit à une autre date, postérieurement au jugement.

Donc, il faut appliquer, en cas pareil, l'article 502 combiné avec l'article 1328.

Autrement, c'en est fait des incapacités prononcées par la loi!

Qu'importe à cet individu, interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire, que la loi le déclare incapable de contracter à dater du 1er février!

Il datera du 1er janvier (quoi de plus facile!) les actes sous seing privé par lesquels il contractera.

Et l'article 502 sera désormais une lettre morte, consacrant une incapacité illusoire!

2° De cet argument, on a entrepris de conclure que le principe de l'article 1322, d'après lequel les actes sous seing privé font foi de leur date entre ceux qui les ont souscrits, n'est applicable qu'à ceux des actes, pour lesquels la capacité des parties n'a pas varié, et que les parties auraient pu consentir à quelque époque et dans quelque circonstance que ce fût de leur existence. (Comp. Paris, 10 mai 1810, Sirey, 1814, II, 266; Cass., 9 juill. 1816, Sirey, 1817, I, 150; Nancy, 5 juin 1828, Sirey, 1829, II, 236; Rouen, 22 juill. 1828, Sirey, 1829, II, 208; Bourges, 4 janv. 1831, Dev., 1831, II, 288; Cass., 4 février 1835, Dev., 1835, I, 83; Delvincourt, t. III, p. 425, note 9; Duranton, t. III, n° 772; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 257, note 2, qui toutefois sont ensuite revenus à la doctrine contraire; t. VI, p. 309, note 91.)

513. — Il était impossible que la doctrine, qui précède, ne finît point par échouer; et elle est, en effet, aujourd'hui, à peu près hors de combat :

1° Les termes de l'article 1322 sont généraux; ils ne

distinguent pas si celui qui a souscrit l'acte sous seing privé, a été, pendant une certaine période de temps, capable, et pendant une autre période, incapable; c'est pour tous les cas qu'il dispose que l'acte signé par lui fait, *de plano*, foi contre lui!

Il faut même ajouter que c'est surtout dans le cas où le souscripteur de l'acte a été incapable pendant un certain temps, que l'article 1322 doit recevoir son application. Si, en effet, le souscripteur avait toujours été capable, si l'acte sous seing privé signé par lui avait pu être fait à toutes les époques de sa vie, la question de date serait sans intérêt; ou plutôt elle ne pourrait pas même s'élever; puisque cet acte serait valable même sans aucune date! (comp. *supra*, n° 365); de sorte que c'est précisément pour le cas où le souscripteur a été incapable pendant un certain temps, que l'application de l'article 1322 offre un intérêt pratique.

2° On objecte l'article 502!

Mais il est clair que cet article ne règle pas une question de preuve, et qu'il n'a trait qu'à la nullité ou à la validité intrinsèque de l'acte passé par l'interdit, pour décider à quel moment précis commence l'incapacité, qui le frappe. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle; — de l'Interdiction*, etc., t. II, n°s 630-631.)

3° Et quand enfin l'on s'émeut des dangers de notre doctrine, qui va, dit-on, rendre toutes ces incapacités illusoires, nous répondons qu'on n'envisage, en faisant cette objection, que l'une des faces de la question.

Oui, sans doute! il y a là des dangers.

Mais est-ce donc qu'il n'y en aurait pas aussi, et de plus graves encore, dans la doctrine contraire? Comment! tous les actes sous seing privé, souscrits par une personne qui serait ensuite frappée d'incapacité, seraient destitués rétroactivement de la force probante, qui leur appartenait! c'est-à-dire qu'il serait impossible de traiter avec une per-

sonne, sur quelque affaire que ce fût, même la moins importante, sans faire les frais de l'enregistrement, puisque cette personne peut, à une époque quelconque de sa vie, devenir incapable; de sorte, dit très-bien M. Bonnier, que, pour remédier à une fraude exceptionnelle, dans le cas où l'incapable aurait souscrit des actes antidatés, sans qu'il fût possible de reconnaître l'antidate, on tomberait dans l'immense inconvénient d'annuler tout écrit antérieur à l'incapacité, mais dont la date ne serait pas légalement établie. (N° 696.)

Mais, vraiment, avec une doctrine pareille, il faudrait décider aussi que les actes sous seing privé souscrits par une personne devenue majeure, ne feraient pas foi contre elle; car enfin ces actes auraient pu être souscrits par elle, pendant sa minorité, au moyen d'une *postdate!*

Concluons donc que l'acte sous seing privé fait foi, même dans ces hypothèses, contre celui qui l'a souscrit;

Avec le droit sans doute, pour lui, de prouver la fraude et la fausseté de la date.

Mais c'est à lui, en effet, de la prouver :

1° Parce que la présomption de vérité milite en faveur du titre;

2° Parce que la fraude ne se présume pas. (Comp. Cass., 22 mars 1825, Sirey, 1826, I, 201; Bourges, 4 janv. 1831, Dev., 1831, II, 288; Colmar, 30 juillet 1831, Dev., 1832, II, 269; Cass., 8 mars 1836, Dev., 1836, I, 236; Nancy, 24 mai 1842, D., 1842, II, 185; Bonnier, *loc. supra cit.*; Marinier, ch. I, n°s 5-8; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*; Bédarride, *du Dol et de la Fraude,* III, p. 32-33; Larombière, t. IV, art. 1322, n° 7.)

514. — La solution, que nous venons d'appliquer à l'individu qui a été interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire, est évidemment aussi applicable à la femme ma-

riée, quant aux actes sous seing privé souscrits par elle, et qui portent une date antérieure à son mariage.

Cette date, quoique non certaine dans les termes de l'article 1328, n'en fera pas moins foi, contre elle, après son mariage.

Si nous mentionnons spécialement cette application de l'article 1322, c'est qu'elle avait soulevé, entre nos anciens auteurs, de vives controverses, qu'il nous paraît intéressant de rappeler, parce qu'elles sont de nature à affermir de plus en plus le principe, que nous posons.

Voici donc comment Lebrun s'exprimait dans son *Traité de la Communauté :*

« Quoiqu'il y ait une clause de séparation de biens dans le contrat de mariage, pareils billets, datés d'avant le mariage, ne sont valables, parce qu'on ne permet pas à la femme séparée de s'obliger sans autorisation ; et par conséquent, un billet daté d'avant son mariage pouvant être antidaté, n'a pas d'effet. En tout cas, on commet le créancier, pour ne pas exposer ni le mari ni la femme, parce que si l'on payait autrement, en cas de communauté de biens, il serait aisé à la femme de ruiner son mari ; et, en cas de séparation, on permettrait à la femme de se ruiner elle-même. »

Et le savant auteur concluait en ces termes :

« *Ainsi, un temps d'incapacité influe sur toute la vie de la femme et annule son billet sous seing privé.* » (Liv. II, ch. I, sect. V, nos 19-20.)

Mais Duparc-Poullain faisait à cette argumentation une réponse excellente :

« On dégage, disait-il, le mari des dettes de cette espèce. Il n'y a pas le même motif pour priver le créancier du droit de faire condamner la femme et de discuter ses biens, sans nuire aux droits du mari sur ces mêmes biens. *Il n'y a aucune loi qui oblige les créanciers de traiter devant notaire avec les filles ou veuves ; on ne présume pas la fraude ; et on la présume encore moins*

dans une espèce où la femme mariée, qui antidaterait ses billets, n'obligerait que ses propres, à la charge de l'usufruit de son mari. » (*Principes de Droit*, t. V, n° 43.)

Telle était aussi la doctrine de Pothier. (*Traité de la Communauté*, t. I, n° 259.)

Et le législateur nouveau l'a consacrée dans l'article 1410 de notre Code, qui est ainsi conçu :

« La communauté n'est tenue des dettes mobilières « contractées avant le mariage par la femme qu'autant « qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au « mariage ou ayant reçu, avant la même époque, une « date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le « décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte.

« Le créancier de la femme, en vertu d'un acte « n'ayant pas de date certaine, ne peut en poursuivre « contre elle le remboursement que sur la nue propriété « de ses immeubles personnels.... »

Voilà bien, en effet, la consécration textuelle de toute notre théorie.

La femme a souscrit elle-même cet acte.

C'est l'article 1322 qui lui est applicable.

Le mari ne l'a pas souscrit.

Il est, quant à cet acte, un tiers; et c'est l'article 1328 qui lui est applicable, à lui, disons-nous, ou à la communauté. (Comp. toutefois Grenoble, 13 mai 1831, Dev., 1832, II, 582.)

515. — Pourtant, aux termes de l'article 1558 :

« L'immeuble dotal peut encore être aliéné... :

« Pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui « ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date « certaine antérieure au contrat de mariage. »

Or, ce texte ne distingue pas entre le mari et la femme; c'est d'une manière absolue qu'il dispose que l'acte sous seing privé, qui n'a pas une date certaine antérieure au contrat de mariage, ne fait pas foi de cette date et ne peut pas donner lieu à l'aliénation de l'immeuble dotal.

Il est vrai! et généralement, en effet, on s'accorde à décider que telle est la portée de l'article 1558.

Ce qui constitue certainement une exception notable au principe décrété par l'article 1322.

Mais cette exception, comme nous le verrons, s'explique par les règles particulières et rigoureuses du régime dotal. (Comp. Duranton, t. XV, n° 511; Troplong, *du Contrat de mariage*, t. IV, n° 3312; Rodière et Pont, n° 515; Marinier, ch. I, n°s 19, 20.)

516. — Les solutions, que nous venons d'appliquer au cas où l'acte sous seing privé est opposé à la partie elle-même, qui l'a personnellement souscrit, sont-elles applicables au cas où l'acte a été souscrit par un mandataire, pour elle et en son nom?

En d'autres termes, les actes sous seing privé, souscrits par un mandataire en cette qualité, font-ils foi de leur date à l'égard du mandant, lors même qu'ils n'ont acquis une date certaine que depuis la révocation du mandat?

Cette question a été aussi controversée dans la jurisprudence et dans la doctrine.

On s'est encore, pour ce cas, vivement ému des dangers, que pourrait offrir une solution affirmative : « en donnant à un mandataire révoqué le moyen d'obliger son mandant, à l'aide d'une simple antidate, dans les actes qu'il consentirait indûment en son nom. » (Comp. *Observations* sur l'arrêt de la Cour de Bourges du 17 mai 1842, *J. du P.*, 1843, t. I, p. 242.)

Mais la solution affirmative n'en a pas moins triomphé pourtant, et avec raison, suivant nous :

Il est, en effet, impossible de considérer comme tiers relativement à un acte, celui qui a été représenté dans cet acte même;

Or, le mandant a été représenté par son mandataire; *le mandataire est l'image du mandant,* dit la Cour de Bordeaux (22 janv. 1827, Sirey, 1827, II, 65);

Donc, l'acte sous seing privé, souscrit par le mandataire, doit faire, contre le mandant, la même foi que s'il l'avait souscrit lui-même.

Des fraudes sont possibles!

Nous ne le méconnaissons pas.

Mais notre réponse est déjà faite. (*Supra*, n° 505.)

Ce n'est pas contre ce genre de fraudes que la disposition de l'article 1328 a été édictée.

La disposition de l'article 1328 a pour but de protéger ceux qui sont étrangers à l'acte, sans date certaine, qu'on leur oppose, et dont cet acte léserait les intérêts, non pas directement, parce que l'exécution en serait dirigée contre eux, mais indirectement et, en quelque sorte, par contre-coup. Voilà les tiers! (Comp. *infra*, n° 528.)

Or, tel n'est pas le mandant, dans ses rapports avec le mandataire.

C'est contre le mandant que l'acte, souscrit par le mandataire, doit recevoir son exécution *directe et première*, comme dit M. Marinier (ch. I, n° 29.)

Pourquoi cela?

Précisément, parce que le mandant a été partie dans cet acte, et qu'il est réputé l'avoir souscrit lui-même.

Qui n'aperçoit, d'ailleurs, les graves inconvénients qui résulteraient, au point de vue de l'utilité pratique, de la doctrine contraire, et qu'elle entraverait, de la manière la plus inquiétante, les relations que le contrat de mandant, si nécessaire dans le commerce de la vie civile, a pour but, au contraire, de favoriser.

Disons donc encore ici qu'une doctrine, conçue dans un intérêt pratique, ne doit pas recevoir une extension que l'utilité pratique désavoue (comp. Bonnier, n° 696.)

C'est là seulement une question de fait.

La présomption de la sincérité de la date demeure toujours en faveur du titre;

Et la fraude ne se présume pas.

Si le mandant prétend qu'il y a eu antidate, il faut

qu'il en fournisse la preuve. (Comp. Bordeaux, 22 janvier 1827, Sirey, 1827, II, 65; Paris, 7 janv. 1834, Dev., 1834, II, 239; Cass., 19 nov. 1834, Dev., 1835, I, 666; Bourges, 17 mai 1842, Capitan, Dev., 1843, II, 100; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Acte sous seing privé*, n° 63; Troplong, *du Mandat*, n° 763; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 406; Massé et Vergé, t. III, p. 509; Marinier, ch. I, n°s 24-34; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 38.)

517. — Nous venons de parler du mandataire conventionnel.

La même doctrine doit être appliquée au mandataire légal.

Aussi, est-ce très-justement, à notre avis, que la Cour suprême a cassé un arrêt de la Cour de Paris, du 27 août 1857, qui avait décidé qu'il fallait que les baux souscrits par le tuteur, pendant son administration tutélaire, eussent une date certaine, pour pouvoir être opposés au mineur devenu majeur! (8 juin 1859, Varcollier, Dev., 1859, I, 567; comp. Caen, 29 déc. 1855, *J. du P.*, 1857, p. 962.)

518. — Il faut appliquer également cette doctrine aux actes sous seing privé, souscrits par le mari, en qualité d'administrateur des biens de sa femme;

Et cela, même dans le cas où la communauté se trouverait dissoute par une séparation de biens, prononcée principalement, ou résultant comme conséquence d'un jugement de séparation de corps; car les textes, aussi bien que les principes, repoussent, à cet égard, toute distinction.

On a prétendu, toutefois, déduire, de l'article 1410, un argument *a pari;* et de ce que les actes sous seing privé, souscrits par la femme avant le mariage, n'obligent pas le mari, s'ils n'ont pas acquis date certaine avant le mariage, on concluait que réciproquement, les actes sous seing privé souscrits par le mari avant la

dissolution du mariage, n'obligent pas non plus la femme, s'ils n'ont pas acquis date certaine avant cette dissolution.

Mais ce moyen ne pouvait pas réussir :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que la femme ne peut être considérée comme un tiers, à l'égard d'une communauté, qu'elle a acceptée. » (13 mars 1854, Courette, Dev., 1854, I, 529) ;

« Attendu, dit la Cour de Nancy, que, dûment représentée par le chef de la communauté, la femme ne peut se dire un tiers et invoquer l'article 1328. » (25 juill. 1868, Grandidier, Dev., 1869, II, 86.)

C'est que, en effet, la femme, avant le mariage, n'a pas été le mandataire du mari;

Tandis que le mari, après le mariage, a été le mandataire de la femme. (Comp. Lyon, 25 janv. 1831, Dev., 1832, II, 589 ; Cass., 28 nov. 1833, Dev., 1833, I, 830; Bonnier, n° 697; Marinier, *loc. supra cit.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 406-407 ; Rodière, *Observations* sur l'arrêt de la Cour de Lyon du 3 juill. 1873, Eyriès, Dev., 1874, II, 225.)

519. — Appliquons enfin la même doctrine aux actes souscrits, au nom du mandant, par un mandataire judiciaire ;

Tels que, par exemple, le curateur donné, dans les termes de l'article 112, à un présumé absent; ou l'administrateur donné, dans les termes de l'article 497, à une personne, dont l'interdiction est poursuivie.

520. — M. Larombière ajoute, avec raison, qu'il n'en est pas autrement des actes souscrits par celui que le mandataire s'est substitué dans sa gestion, ou par le mandataire du mari, du tuteur ou autre administrateur légal. (T. IV, art. 1328, n° 38.)

521. — *b.* Que l'acte sous seing privé fasse, par lui-même, foi de sa date contre les héritiers de ceux qui l'ont souscrit, cela est incontestable.

L'article 1322, en ce qui concerne les héritiers, et les ayants cause des souscripteurs, n'est que l'application de l'article 1122, aux termes duquel :

« On est censé avoir stipulé pour soi, et pour ses hé-
« ritiers et ayants cause.... »

L'héritier, en effet, représente son auteur; et on peut dire, sans exagération, que la signature du défunt, auquel il succède, devient, en quelque sorte, la sienne. (Art. 724, 873, 1220; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 132.)

Aussi, la date fait-elle foi contre lui, dans tous les cas où elle aurait fait foi contre son auteur lui-même; et par conséquent, dans le cas où son auteur aurait été frappé d'une incapacité, qui l'aurait empêché, à une certaine époque de sa vie, de souscrire l'acte sous seing privé, qu'on lui oppose. (Comp. *supra*, n° 512.)

Voilà comment on a décidé, avec grande raison, que l'acte sous seing privé, portant constitution d'une rente viagère, fait foi de sa date, à l'égard des héritiers de la personne au profit de laquelle la rente a été constituée, bien qu'il n'ait pas acquis date certaine avant les vingt jours, qui ont précédé la mort de cette personne, fût-ce même le constituant! (Comp. *supra*, n° 511; art. 1975; Cass., 15 juill. 1824, Sirey, 1825, I, 46; Cass., 5 avril 1842, Dev., 1842, I, 300; Duranton, t. XVIII, n° 151; Troplong, *des Contrats aléatoires*, n°s 277 et suiv.; Marinier, ch. I, n° 38; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 400; Larombière, t. IV, art. 1322, n° 9.)

522. — Le mot : *héritiers*, dans l'article 1322, comprend non-seulement les héritiers légitimes, mais tous les successeurs universels ou à titre universel de celui qui a souscrit l'acte sous seing privé; tous ceux, en un mot, qui succèdent *in universum jus defuncti* : les successeurs irréguliers, les légataires universels ou à titre universel, les donataires par contrat de mariage de tout ou partie des biens à venir. (Comp. notre *Traité des Suc-*

cessions, t. I, n° 132; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n°s 448 et suiv.; et t. VI, n° 337.)

523. — Mais, bien entendu, l'acte sous seing privé, souscrit par l'auteur, ne fait foi de sa date à l'égard des héritiers, qu'en tant qu'ils agissent ou qu'ils sont recherchés en cette qualité.

Il n'en est plus ainsi, dans le cas où l'héritier qui agit ou qui est recherché en vertu d'un acte sous seing privé souscrit par son auteur, peut invoquer un droit à lui propre, qui lui appartient de son chef, et qu'il ne tient pas du défunt.

Telle est la situation de l'héritier bénéficiaire, lorsqu'il agit en qualité de créancier ou de successeur à titre particulier du défunt. (Art. 802; comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 158; Cass., 22 juin 1818, Sirey, 1819, I; III, Marinier, ch. I, n° 43.)

524. — Telle est encore la situation de l'héritier réservataire, lorsqu'il agit en réduction des donations entre-vifs, par lesquelles son auteur a dépassé la quotité disponible.

L'héritier réservataire, en effet, quoiqu'il agisse alors en sa qualité d'héritier, exerce pourtant, de son propre chef, un droit qu'il tient de la loi, et auquel son auteur n'a pas pu porter atteinte.

D'où il suit qu'il doit être considéré comme un tiers et qu'il peut se prévaloir de la disposition de l'article 1328. (Comp. Paris, 11 mai 1816, Sirey, 1817, II, 10; Cass., 31 janv. 1837, de Bacalan, Dev., 1837, I, 533; Cass., 6 févr. 1838, Cayro, Dev., 1838, I, 108; Bonnier, n° 696; Marinier, ch. I, n° 43; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 400; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 31.)

La Cour de Caen vient de rendre, sur cette thèse, le 25 mai 1875, un arrêt important, encore inédit au moment où nous écrivons.

Il nous serait impossible de l'aborder sans nous jeter dans une digression, qui serait ici un hors-d'œuvre. C'est dans notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments,* auquel elle appartient, que nous proposons d'y revenir.

525. — *c.* Voici maintenant la troisième classe de personnes, à l'égard desquelles l'acte sous seing privé fait, par lui-même, foi de sa date : les ayants cause de ceux qui l'ont souscrit. (*Supra,* n° 507.)

Le mot : *ayant cause,* dans son acception générale, comprend toute personne, qui a succédé, à un titre quelconque, aux droits d'un autre.... *habens causam ab alio.*

Dans ce sens, les héritiers et les autres successeurs universels ou à titre universel du souscripteur sont eux-mêmes des ayants cause.

Mais ce mot a aussi une acception spéciale ; et celle-ci comprend seulement les successeurs à titre particulier, qui sont, suivant la différente nature de leurs titres, l'acheteur, le copermutant, le donataire, le locataire, le créancier antichrésiste, etc., tous ceux, en un mot, qui ont la *même cause* que leur auteur, c'est-à-dire un titre commun et identique.

C'est le plus généralement dans cette dernière acception que le législateur l'emploie ; et cela est d'évidence, lorsqu'il comprend, dans la même disposition, comme il le fait dans notre article 1322, les *héritiers* et les *ayants cause.* (Comp. aussi art. 1319.)

Que l'acte sous seing privé souscrit par une personne fasse foi de sa date, à l'égard de ses ayants cause à titre particulier, comme à l'égard de ses ayants cause universels, c'est la conséquence de ce principe élémentaire, que le successeur, quel qu'il soit, ne peut pas avoir un autre droit que celui qui lui a été transmis par son auteur :

Plerumque emptoris eadem causa esse debet, circa petendum et defendendum, quam fuit auctoris, disait Ulpien. (L. 156, ff. *de Diver. Reg. juris.*)

Il y a sans doute, entre le successeur universel et le successeur particulier, cette grande différence :

Que le premier succède aux obligations personnelles de son auteur, par cela même qu'il succède à l'universalité ou à une partie aliquote de l'universalité de son patrimoine ;

Tandis que le second, ne succédant qu'à un objet singulier, n'est tenu que des obligations, qui ont pu affecter ce même objet du chef de son auteur, avant la transmission qui lui en a été faite.

Mais cette différence n'a trait qu'à l'étendue des obligations de l'un ou de l'autre.

Et elle n'empêche pas que lorsque, en effet, la qualité d'ayant cause à titre particulier est reconnue dans une personne, la date de l'acte sous seing privé, qui a été souscrit par son auteur, ne doive faire foi contre elle.

526. — Mais à quels signes est-il possible de distinguer l'ayant cause, à l'égard duquel l'acte sous seing privé fait foi de sa date, dans les termes de l'article 1322, et le tiers, à l'égard duquel il ne fait foi de sa date que dans les termes de l'article 1328?

Déjà nous avons remarqué que le mot : *tiers*, n'a pas, dans la langue du droit, une acception absolue ni rigoureuse; cette acception, au contraire, est variable et relative; elle dépend des différentes matières, dans lesquelles il est employé, et des règles particulières qui les gouvernent.

On pourrait dire, à ce point de vue, qu'il y a trois sortes de tiers :

1° Il y a les *tiers* de l'article 1165, les *penitus extranei !* à l'égard desquels notre question de date ne peut pas même s'élever.

Que leur importe que l'acte sous seing privé ait été fait à une époque plutôt qu'à une autre ! cet acte, à quelque époque qu'il ait été fait, leur est absolument étran-

ger.... *Res inter alios acta;* car ils ne sont, eux ! nullement ayants cause de l'une des parties, ni à titre universel, ni à titre particulier.

C'est ainsi que le propriétaire revendiquant, à qui on oppose comme fondement de la prescription de dix ou vingt ans avec titre de bonne foi, un acte sous seing privé, est un tiers, contre lequel cet acte ne fait pas foi de sa date, si elle n'est pas devenue certaine dans les termes de l'article 1328. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 112; Troplong, *de la Prescription*, n° 913; Vazeille, *eod.*, n° 494; Bonnier, n° 699; Larombière, t. IV, art. 1328, n°s 11, 12; Toullier, t. VI, n° 239; voy. *infra*, n°s 530, 531.)

2° Il y a les *tiers* de l'article 1321.

Ceux-ci sont de vrais ayants cause.

Et pourtant, la contre-lettre, consentie par leur auteur, ne leur est point opposable, lors même qu'elle a été consentie par lui, avec une date certaine, antérieurement au droit qu'il leur a transmis.

Telle est, en effet, la règle particulière, qui gouverne la matière des contre-lettres, et par suite de laquelle le mot *tiers* y reçoit une acception spéciale. (Comp. *supra*, n° 335.)

3° Enfin, il y a les *tiers* de l'article 1328, qui sont, en ce moment, les nôtres.

Ils sont aussi des ayants cause.

Assurément ! mais des ayants cause, à l'égard desquels il y a lieu de faire la distinction des époques, et de savoir à quelle date a été souscrit par leur auteur l'acte sous seing privé, qu'on leur oppose.

C'est que, en effet, suivant l'époque à laquelle il aura été souscrit, ils seront des ayants cause ou des tiers.

L'acte sous seing privé, sans date certaine, a-t-il été souscrit par leur auteur antérieurement à la transmission du droit, qu'il leur a concédé, ou, en termes plus généraux, antérieurement au fait juridique, qui a donné naissance à leur droit?

Ils sont, quant à cet acte, ses ayants cause.

L'acte, au contraire, n'a-t-il été souscrit que postérieurement à cette transmission ou à ce fait?

Ils sont des tiers.

Car il est clair que leur auteur n'a pas pu leur enlever postérieurement, par un acte consenti *après coup*, les droits qui leur étaient acquis antérieurement, d'une manière irrévocable.

Et c'est ce qui fait de l'ayant cause un personnage, en quelque sorte, à double face :

Ayant cause, pour le passé;

Tiers, pour l'avenir.

Voilà toute cette thèse des ayants cause et des tiers.

Elle se résume dans cette question : Est-ce avant? Est-ce après ?

527. — Cette question, est-ce la date de l'acte sous seing privé, qu'on leur oppose, qui peut la résoudre?

Oui! a-t-on répondu, puisqu'ils sont des ayants cause de celui qui l'a souscrit.

C'est la doctrine de Toullier. (*Infra*, n° 530.)

Mais la pétition de principe est manifeste!

C'est comme si on disait :

L'acte fait, contre vous, foi de sa date, parce que vous êtes ayants cause;

Et vous êtes ayant cause, parce que l'acte fait, contre vous, foi de sa date.

Voilà évidemment un cercle vicieux;

Puisque chacun de ces deux termes présuppose prouvé ce qui est précisément en question!

Comment pouvez-vous prouver, par une date incertaine, que je suis ayant cause, quand ma qualité même d'ayant cause dépend de la certitude de la date!

Lors donc que le législateur a disposé, dans l'article 1322, qu'il ne faut pas considérer comme des tiers ceux qui ont souscrit l'acte sous seing privé, ni leurs héritiers et ayants cause (ce qui comprend, en effet, les ayants

cause à titre particulier), et lorsqu'il a mis ainsi ces ayants cause en opposition avec les tiers, le législateur, disons-nous, a réservé, dans cet article, la question de date.

Car, c'est de cette question que dépend essentiellement la distinction entre l'ayant cause et le tiers.

528. — Sans vouloir poser une définition rigoureuse de ces mots, dont la signification est, ainsi que nous l'avons reconnu, variable et relative, nous croyons néanmoins pouvoir dire que deux conditions sont nécessaires pour qu'une personne soit considérée comme un tiers, relativement aux actes sous seing privé sans date certaine, souscrits par l'auteur, duquel procède le droit, qui lui est acquis, et qui se trouverait anéanti, modifié ou dénaturé par l'acte sous seing privé, qu'on lui oppose :

1° Il faut qu'elle ait acquis, relativement à une chose, un droit propre et direct, désormais indépendant de la partie, qui a souscrit l'acte sous seing privé, qu'on lui oppose ;

2° Il faut que ce droit soit incompatible avec le droit que l'acte sous seing privé, sans date certaine, attribue, sur cette même chose, à celui au profit duquel il a été consenti ; de sorte que ces deux droits étant mis en présence, il est inévitable que, dans leur collision, l'un des deux périsse en tout ou en partie.

Voilà les deux caractères constitutifs du *tiers*.

Tandis que les deux caractères opposés constituent, au contraire, l'*ayant cause :*

1° En effet, l'ayant cause, comme son nom même l'indique, n'a pas un droit à lui propre, un droit distinct et indépendant du droit de son auteur ;

2° A son égard, les droits que son auteur a concédés par des actes sous seing privé, ne sont pas nécessairement destructifs de son propre droit ; et aucune contradiction, aucune collision ne s'élevant entre les uns et les autres, leur existence simultanée est possible.

529. — Telle est notre thèse.

Nous allons l'appliquer successivement :

a. D'abord, aux acquéreurs, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit ;

b. Ensuite, aux créanciers.

530. — *a.* Paul a vendu successivement le même immeuble à deux acheteurs différents, Jules et Joseph.

L'ordre apparent des ventes est celui-ci :

A Jules, par un acte sous seing privé, sans date certaine, du 1er février 1875 ;

A Joseph, par un acte, avec date certaine, du 1er mars 1875.

Nous prenons d'abord cet exemple, quoiqu'il ait perdu beaucoup de son importance depuis la loi du 23 mars 1855, sur la transcription ; mais c'est celui qui met en scène une théorie célèbre, qu'il est nécessaire de connaître, celle que Toullier a soutenue avec une insistance, on a même pu dire, avec une opiniâtreté singulière, et qui a donné lieu, entre l'illustre auteur et l'un des plus savants maîtres de la faculté de droit de Paris, à une polémique des plus vives. (Comp. Toullier, t. III, nos 245 et suiv. ; t. X, *Additions*, p. 576 et suiv. ; Ducaurroy, *Thémis*, t. III, p. 49 et suiv. ; et t. V, p. 6 et suiv.)

Eh bien ! donc, de nos deux acheteurs successifs du même immeuble du même vendeur, lequel sera préféré ?

C'est le premier ! répond Toullier.

Assurément, oui.

Mais, quel est le premier ?

Telle est précisément la question à résoudre.

Cette question est toute simple, d'après l'auteur.

Le premier, c'est Jules, dont le titre est du 1er février ; tandis que le titre de Joseph n'est que du 1er mars :

1° En effet, dit-il, aux termes de l'article 1322, la date de l'acte sous seing privé fait foi à l'égard de l'ayant cause à titre particulier, de celui qui l'a souscrit ;

Or, Joseph, l'acheteur du 1er mars, est l'ayant cause de Paul, son vendeur ;

Donc, l'acte sous seing privé du 1er février, par lequel Paul a vendu ce même immeuble à Jules, fait foi de sa date contre Joseph.

2° Mais si Joseph est un ayant cause, dans les termes de l'article 1322, où donc sera-t-il possible, après cela, de trouver un tiers, dans les termes de l'article 1328 ?

A cette objection, Toullier répond qu'il ne faut entendre par tiers, que les créanciers saisissants, lesquels tenant leurs droits non pas de leur débiteur, mais de la loi, ne sont pas ses ayants cause.

531. — Cette doctrine, comme on voit, n'est autre que la pétition de principe que nous venons de signaler, et qui consiste à déduire la qualité d'ayant cause de la sincérité de la date de l'acte sous seing privé, et la sincérité de la date de l'acte sous seing privé de la qualité d'ayant cause ; quand précisément c'est la sincérité de cette date qui est en question ! (*Supra*, n° 527.)

Aussi, a-t-elle échoué complétement avec cette qualification d'*étrange paradoxe !* (Bonnier, n° 700.)

Il faut, en effet, tenir pour certain que, entre ces deux acheteurs successifs, la préférence appartient à celui dont le titre a une date certaine, quoique cette date soit postérieure, contre celui dont le titre n'a pas une date certaine, quoique cette date soit antérieure.

C'est, en conséquence, dans notre espèce, Joseph, l'acheteur du 1er mars, qui sera préféré, à l'exclusion de Jules, l'acheteur du 1er février :

1° D'une part, en effet, Joseph a acquis sur l'immeuble, que Paul lui a vendu, un droit propre, qu'il exerce en son nom et de son chef, un droit désormais indépendant du droit de son vendeur, qui ne saurait y porter atteinte par un autre acte passé après coup, au moyen d'une antidate ;

D'autre part, ce droit, que Paul a transmis à Joseph,

est incompatible avec le droit qu'il a transmis à Jules ; il faut nécessairement que l'un des deux périsse ;

Or, ce sont là précisément les deux caractères qui distinguent le tiers d'avec l'ayant cause. (*Supra*, n° 528.)

Donc, Joseph est un tiers.

Il est un tiers, disons-nous, soit dans ses rapports avec Paul, le prétendu auteur commun des deux acheteurs de cet immeuble, soit dans ses rapports avec Jules, l'autre acheteur.

Toullier prétend que ces deux acheteurs sont, tous les deux, des ayants cause de leur vendeur.

Mais ceci est bien impossible.

C'est l'un *ou* l'autre !

Ce ne peut pas être l'un *et* l'autre !

Car, après avoir vendu cet immeuble une première fois à l'un, il n'a pas pu apparemment le vendre une seconde fois à l'autre.

Il y en a donc un des deux qui n'est pas l'ayant cause de Paul, quant à la seconde vente.

Et si nous mettons les deux acheteurs en présence, c'est encore bien plus impossible !

Comment comprendre qu'ils soient tous les deux, l'un envers l'autre, des ayants cause du même vendeur, quand le titre de l'un est l'exclusion du titre de l'autre, et réciproquement !

2° Qui n'aperçoit d'ailleurs les immenses dangers de la doctrine, que Toullier avait entrepris de faire prévaloir !

Il n'y aurait plus aucune solidité, aucune sécurité dans les contrats ; et les droits les plus importants seraient à la merci de l'une des fraudes les plus faciles et les plus dangereuses, de celle qui s'accomplit par une antidate dans un acte sous seing privé.

3° C'est pourquoi le législateur a eu soin d'y pourvoir expressément dans l'un des contrats les plus importants.

L'article 1753 est ainsi conçu :

« Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne « peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail « authentique ou dont la date est certaine, à moins « qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de « bail. »

Ainsi, l'acquéreur n'a pas même à supporter le bail ayant une date antérieure à celle de la vente, si cette date n'est pas certaine, quoiqu'il ne s'agisse alors que d'un retard dans sa jouissance effective.

Et on voudrait qu'il vît son droit même de propriété s'anéantir devant un acte de vente portant une date antérieure à la date du sien, lors même que cette date ne serait pas certaine !

Il y aurait évidemment là une contradiction et une inconséquence !

Vainement Toullier objecte que l'article 1743 renferme, non pas une application du principe posé dans les articles 1322 et 1328, mais une exception toute spéciale à ce principe.

Rien, dans le texte, ne saurait justifier une telle exception; au contraire, la forme, simplement incidente, sous laquelle le législateur rappelle, dans l'article 1743, le principe de l'article 1328, témoigne qu'il n'a entendu faire, pour le cas de vente d'un immeuble loué, que l'application du droit commun.

Il serait d'ailleurs impossible de fournir une explication quelconque de la prétendue dérogation que l'on allègue.

4° Faut-il enfin répondre à cet argument de Toullier, qui veut réduire l'application de l'article 1328 au cas de créanciers saisissants, les seuls qu'il considère comme des tiers, parce que, dit-il, ne tenant pas leur droit du débiteur, ils ne sont pas ses ayants cause ?

Cet exemple est, en effet, celui que Pothier cite. (N° 715.)

Mais il est évident qu'il le cite comme démonstratif, et nullement comme limitatif.

Cette théorie est, au reste, tout à fait inexacte, en tant qu'elle soutient que les créanciers saisissants ne sont pas les ayants cause de leur débiteur.

En vertu de quel titre les créanciers, qui n'obtiennent pas de leur débiteur un payement volontaire, exercent-ils sur ses biens les voies de saisie et de vente?

C'est en vertu d'un mandat que leur débiteur leur a donné ou est légalement présumé leur avoir donné, d'obtenir eux-mêmes, par les voies légales de poursuites, leur payement forcé.

Voilà l'origine du droit de poursuite des créanciers; et Justinien, dans ses *Institutes*, l'a très-bien définie :

Creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest; sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris videtur pignus alienari, qui ab initio contractus, pactus est ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.... (Just., lib. II, tit. VIII, *Quib. alienare licet vel non*, § 1.)

Ce mandat, il est vrai, est irrévocable, puisqu'il est donné *aliena gratia*. (Just., lib. IV, t. XXVI, *de Mandato princ.*)

Mais c'est précisément là ce qui fait que les créanciers, dès le moment où ils l'exécutent, deviennent des tiers à l'encontre des actes sous seing privé souscrits par leur débiteur, qui seraient de nature à porter atteinte à leur droit de poursuite.

D'où la conséquence nécessaire, d'après l'article 1328, que ces actes ne leur sont pas opposables, lors même qu'ils auraient une date antérieure à leur poursuite, si cette date n'est pas certaine. (Comp. *infra*, n° 542; Toulouse, 7 juill. 1831, Dev., 1832, II, 646; Bastia, 24 juin 1833, Dev., 1834, II, 604; Cass., 15 juin 1843, Doffémont, Dev., 1843, I, 616; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Tiers*, § 2; Grenier, *des Hypothèques*, t. II, n° 364; Troplong,

des Hypothèques, t. II, n° 529; Duranton, t. XIII, n°s 129 et suiv.; Bonnier, n° 699; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 399-402; Larombière, t. IV, art. 1328, n°s 2 à 7.)

532. — La démonstration, qui précède, nous paraît complète.

M. Serrigny a toutefois proposé encore, contre la doctrine de Toullier, un autre *criterium*, pour distinguer le tiers d'avec l'ayant cause :

« S'il s'agit, dit notre savant collègue, de deux acquéreurs, dont l'un a en sa faveur un acte authentique ou ayant date certaine, et l'autre un acte sous seing privé non enregistré, lequel doit l'emporter? il faut dire que c'est l'acquéreur par acte authentique, *parce qu'il use de l'action directe;* tandis que l'acquéreur par acte sous seing privé sans date certaine, *est obligé d'emprunter les droits de son vendeur, et d'agir par l'action oblique.* » (*Revue de Droit français et étranger*, citée *supra*, n° 503; comp. Observations de Devilleneuve, sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 juill. 1846, Journé, Dev., 1846, I, 679.)

Cette distinction, que M. Serrigny déduit de la combinaison des articles 1166 et 1167, est-elle formulée dans des termes bien exacts?

Il nous paraît permis d'en douter; et ce n'est pas sans raison que M. Marinier objecte que la forme du contrat n'importe nullement quant à la nature du droit transmis, et qu'on ne saurait, sous ce rapport, établir de différence entre l'acquéreur par acte authentique et l'acquéreur par acte sous seing privé. (N° 57.)

533. — La solution, que nous venons d'appliquer à un acquéreur à titre onéreux, est de même applicable à un acquéreur à titre gratuit.

Paul, au lieu de vendre son immeuble à Joseph, le lui a donné entre-vifs par un acte authentique du 1er mars 1875. (Art. 931.)

Et voilà que, ensuite, Jules réclame sur cet immeuble

un droit quelconque, qui lui aurait été transmis par Paul, en vertu d'un acte sous seing privé, sans date certaine, du 1er février précédent.

Cet acte peut-il être opposé au donataire?

Assurément non!

Sauf, bien entendu, à celui qui est porteur de l'acte sous seing privé, à exercer l'action Paulienne et à attaquer la donation pour cause de fraude. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nos 542 et suiv.; Grenoble, 9 mai 1833, Dev., 1833, II, 506; Bordeaux, 9 nov. 1836, Lacoste, Dev., 1837, II, 481; Agen, 14 nov. 1842, Descloux, Dev., 1843, II, 164; Marinier, ch. I, nos 57 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 402; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 8.)

534. — Il n'y a pas non plus à distinguer entre les différents droits, qui ont pu être concédés par l'acte sous seing privé sans date certaine, et qui sont opposés à l'acquéreur.

Quelle que soit la nature de ces droits, ils ne peuvent pas lui être opposés pour restreindre, modifier ni changer, en aucune manière, les droits qui lui ont été concédés, à lui, par un acte ayant une date certaine.

On oppose à cet acquéreur, acheteur ou donataire, un acte sous seing privé d'une date antérieure à la vente ou à la donation, mais non certaine, par lequel le vendeur ou donateur aurait constitué une servitude passive sur l'immeuble vendu ou donné; — ou renoncé à une servitude active; — ou consenti une transaction sur l'étendue de la propriété; — ou une convention de bornage; — ou renoncé à une prescription acquise, etc.

Aucun de ces actes ne sera opposable à l'acheteur ni au donataire, qui ne sera pas tenu, en conséquence, de se soumettre aux restrictions ni aux modifications, qu'elles apporteraient au droit qui lui a été transmis.

535. — Ajoutons toutefois que cette doctrine présente, dans les applications, que nous venons d'en faire, beau-

coup moins d'importance actuellement qu'elle n'en avait à l'époque où Toullier écrivait.

En effet, la loi du 23 mars 1855 exige aujourd'hui la transcription des actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels sur les immeubles.

D'où il suit que ce n'est pas de la date de l'acte qu'il y a lieu de s'enquérir dans le conflit, qui peut s'élever entre deux acquéreurs successifs du même immeuble; la date, qui décide entre eux de la priorité, c'est celle de la transcription (art. 26). Le législateur de 1855 n'a pas eu pour but de prévenir les fraudes qui pourraient résulter des antidates; il a voulu procurer la publicité des titres translatifs des droits immobiliers, quel que fût le caractère de ces titres, publics ou privés.

Notre question donc ne peut plus guère se présenter en ce qui concerne les droits immobiliers;

Si ce n'est :

1° Pour les droits non soumis à la transcription, tel que le droit de bail, du moins dans le cas où la durée du bail n'excède pas dix-huit ans (loi du 23 mars 1855, art. 2, 4°);

2° Pour le payement anticipé de loyers ou de fermages antérieurement à la transcription, dans le cas où l'importance de ce payement n'équivaut pas à trois années de revenu (loi précitée, art. 2, 5°; comp. Cass., 22 février 1854, Marcel, Dev., 1854, I, 602);

3° Pour le cas où deux personnes ayant des droits sur un immeuble, ne les auraient, ni l'une ni l'autre, conservés conformément aux lois. (Comp. Bonnier, n° 700; Colmet de Santerre, t. V, n° 29 *bis*, III.)

536. — Mais au contraire, la doctrine que nous venons d'exposer a conservé toute son application à la transmission des meubles et des droits mobiliers.

Paul a vendu un meuble à Joseph, par un acte ayant date certaine du 1er mars 1875.

Lorsque Joseph vient en demander la délivrance, il se

trouve en présence de Jules, qui demande, de son côté, la délivrance de ce meuble, à l'exclusion de Joseph; et il produit un acte sous seing privé du 1er février, qui porte que Paul lui a vendu ce meuble.

Mais cet acte n'a pas acquis date certaine avant le 1er mars, date certaine de l'acte de vente consenti par Paul à Joseph.

Évidemment, la préférence doit appartenir à Joseph, à l'exclusion de Jules.

Nous supposons que ni l'un ni l'autre n'a encore été mis en possession du meuble vendu.

Car, si l'un des deux, fût-ce même l'aquéreur par acte sous seing privé sans date certaine, avait été mis en possession réelle du meuble, c'est lui, au contraire, qui devrait être préféré, en vertu de l'article 1141. (Comp. *infra*, n° 585; et le tome I de ce *Traité*, n° 467.)

537. — Nous n'avons, jusqu'à présent, appliqué la théorie de l'article 1328 qu'à l'acquisition des choses corporelles.

Faut-il l'appliquer aussi à l'acquisition des choses incorporelles, et notamment à celle qui s'opère par le transport-cession des créances?

Il convient d'abord de rappeler que, aux termes de l'article 1690 :

« Le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que « par la signification du transport faite au débiteur.

« Néanmoins, le cessionnaire peut être également « saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur « dans un acte authentique. »

L'efficacité des actes, par lesquels le titulaire d'une créance en dispose, ne dépend donc pas simplement de la date de ces actes; elle est subordonnée à l'accomplissement de la formalité prescrite par ce texte.

D'où il semble résulter que la théorie de l'article 1328 ne serait pas, en cas pareil, susceptible d'application, puisque, entre deux cessionnaires successifs de la même

créance, la priorité se détermine, non point par la date des actes de cession, mais par la date des actes de signification de la cession au débiteur ou d'acceptation de la cession par celui-ci.

538. — Mais cette application peut se présenter, et s'est même souvent présentée en pratique, relativement aux quittances par acte sous seing privé, qui ont pu être délivrées par le cédant au cédé.

Paul cède à Joseph une créance de 50 000 fr. contre Jules, par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, enregistré, du 1er mars 1875.

Le 2 mars, Joseph, le cessionnaire, signifie cette cession à Jules le cédé.

Et, lorsqu'il vient lui demander le payement de la créance, Jules lui oppose une quittance par acte sous seing privé, portant la date du 1er février précédent, par laquelle Paul reconnaît avoir reçu de lui le payement intégral ou partiel de la créance.

Mais cette date du 1er février, antérieure à la date de la signification du transport, n'est pas certaine, ou elle n'est devenue certaine que depuis.

Fera-t-elle foi néanmoins contre Joseph, le cessionnaire?

Question difficile, qui a reçu, dans la jurisprudence et dans la doctrine, des solutions très-diverses, lesquelles ne sont pas exemptes peut-être d'une certaine confusion.

Trois systèmes principaux sont en présence :

A. — Le premier enseigne que l'article 1328 est applicable à l'acquéreur d'une chose incorporelle aussi bien qu'à l'acquéreur d'une chose corporelle, et que, en conséquence, cet acquéreur, ce cessionnaire, est un tiers.

Eh! pourquoi donc pas!

L'acheteur d'une créance est-il, comme l'acheteur d'un objet corporel, un ayant cause à titre particulier de son vendeur?

Certainement oui!

Or, la nature de la chose vendue ou cédée, qu'elle soit corporelle ou incorporelle, ne saurait, au point de vue qui nous occupe, créer de différence entre l'un et l'autre.

De cette différence, il n'y aurait aucune explication possible !

Donc, le cessionnaire d'une créance, de même que l'acheteur d'un objet corporel, peut se prévaloir de l'article 1328, et soutenir que les quittances par acte sous seing privé, qui lui sont opposées par le cessionnaire, ne font pas foi contre lui, lorsqu'elles n'ont pas acquis une date certaine avant la signification de la cession. (Comp. Bruxelles, 15 nov. 1809, Sirey, 1810, II, 282; Nîmes, 11 févr. 1822, Sirey, 1823, II, 135; Cass., 2 août 1841, Cheylan, Dev., 1841, I, 756; Rouen, 31 mai 1843, Chaylan, Dev., 1843, II, 355; Bordeaux, 21 mars 1846, Roger-Duffourg, Dev., 1846, II, 545; Bugnet, *Encyclopédie du Droit*, v° *Ayant cause*, n° 10.)

B. — D'après le second système, au contraire, c'est l'article 1322 qui est applicable au cessionnaire d'une créance; et, en conséquence, ce cessionnaire doit être considéré comme un ayant cause du cédant.

D'où les partisans de ce système concluent que la date de la quittance sous seing privé fait foi contre lui tout autant que contre le cédant lui-même :

« Attendu, dit la Cour de Bordeaux, que le cessionnaire étant l'image du cédant, le débiteur peut opposer à celui-là tous les payements faits à celui-ci, bien qu'ils ne soient constatés que par des quittances sous signature privée.... » (26 juin 1840, Esben, Dev., 1841, II, 53; comp. Lyon, 26 mars 1823, Sirey, 1825, II, 149; Cass., 26 nov. 1834, Dev., 1835, I, 110.)

C. — Enfin, voici le troisième système, qui ne place le cessionnaire d'une créance ni dans l'article 1328, comme un tiers, ni dans l'article 1322, comme un ayant cause, et qui subordonne aux circonstances de chaque espèce, la question de savoir si les quittances sous seing privé,

délivrées par le cédant au cédé, à une date antérieure à la signification de la cession, mais non certaine, lui sont ou ne lui sont pas opposables.

Question, dit-il, uniquement de fait et de bonne foi.

Mais les partisans de ce système ne sont pas tout à fait d'accord sur l'appréciation des circonstances constitutives de cette bonne foi; et les uns se montrent plus sévères que les autres.

Il en est qui se renferment dans la distinction suivante, à l'appui de laquelle ils invoquent la disposition de l'article 1295 :

Ou les quittances ont été opposées par le débiteur cédé au cessionnaire, au moment même de la signification de la cession ou immédiatement après; et, dans ce cas, à moins que d'autres circonstances ne révèlent une fraude préméditée, on doit présumer que la quittance est antérieure à la signification;

Ou, au contraire, le débiteur cédé a tardé à opposer la quittance au cessionnaire; et, dans ce cas, l'antidate devenant vraisemblable, la présomption doit être contre la sincérité de la date. (Comp. Cass., 23 août 1841; Rouen, 31 mai 1843, cité *supra;* Delvincourt, t. III, p. 170; Troplong, *de la Vente*, t. II, n° 920; Marcadé, art. 1328, n° 5; Bonnier, n° 701; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 402-403.)

Tandis que d'autres, parmi les partisans de ce système intermédiaire, admettent plus largement que, lors même que les quittances n'auraient pas été opposées par le cédé au cessionnaire immédiatement après la signification de la cession, les juges pourraient néanmoins encore décider, eu égard aux circonstances du fait, que la date en est sincère et doit faire foi contre le cessionnaire. (Comp. Duranton, t. XVI, n° 504; Duvergier, *de la Vente*, t. II, n° 224; Larombière, t. IV, art. 228, n° 23.)

539. — Tel est, sur cette thèse importante, l'état de la jurisprudence et de la doctrine.

De ces trois systèmes, lequel est le plus juridique?

Logiquement, nous n'hésitons pas à répondre que c'est le premier.

Le cessionnaire est un ayant cause à titre particulier.

Et, dans la théorie de l'article 1328, ce mot signifie précisément qu'il est, tout à la fois, ayant cause et tiers:

Ayant cause, quant aux droits, que son auteur a concédés antérieurement à son propre droit;

Tiers, quant aux droits, qu'il a concédés postérieurement.

Or, c'est afin de marquer cette limite entre le passé et l'avenir, et de le protéger contre la fraude si facile des antidates, que le législateur a fait de lui un tiers, contre lequel les actes sous seing privé de son auteur ne font foi de leur date qu'autant que cette date est certaine.

Nous nous empressons, toutefois, d'ajouter que ce système n'est pas celui qui paraît devoir l'emporter, et qu'une tendance de plus en plus prononcée entraîne les arrêts et les auteurs vers le système intermédiaire, qui transforme, en ce cas, la question de droit en une question de fait.

Le motif en est dans les graves inconvénients, qui résulteraient de l'application rigoureuse de l'article 1328 aux actes sous seing privé renfermant des quittances.

Quelle en serait, effectivement, la conséquence?

C'est qu'il faudrait faire enregistrer toute pièce sous seing privé destinée à constater une libération!

Or, on sait que, d'après un usage ancien et universel, les débiteurs se contentent généralement de quittances sous seing privé, auxquelles ils ne songent même pas le plus souvent à donner une date certaine par la formalité de l'enregistrement.

De sorte que cette nécessité de l'enregistrement des quittances sous seing privé jetterait une véritable perturbation dans l'une des relations les plus usuelles, les plus nécessaires de la vie civile, en créant, pour les débiteurs,

qui, sur la foi de cet usage, ne prendraient pas la précaution de s'y soumettre, le redoutable danger d'être obligés de payer deux fois, si leur ancien créancier, après avoir reçu son payement, avait la déloyauté de céder, contre eux, à un tiers, la créance éteinte !

Cette considération est assurément très-grave !

Mais n'est-ce pas, en effet, une simple considération, fondée sur l'équité, sur l'utilité pratique, plutôt qu'une vraie raison de droit fondée sur le texte et sur les principes ?

On objecte que la cession d'une créance éteinte par un créancier payé, est une fraude rare et exceptionnelle, contre laquelle le débiteur n'est pas en faute de ne s'être pas mis en garde.

Cette objection, spécieuse sans doute, ne paraît pourtant pas décisive.

N'est-ce pas aussi une fraude rare et exceptionnelle, une fraude grossière, avons-nous dit ailleurs, que celle par laquelle le même auteur vend successivement la même chose à deux acheteurs différents ! (*Supra*, n° 338.)

Et pourtant, c'est là certainement l'une des applications les plus notables de la théorie de l'article 1328. (*Supra*, n°s 530-531.)

Ce qui est plus vrai, et ce qui établit une différence réelle entre l'acheteur d'une chose corporelle et le débiteur d'une créance cédée, c'est que le premier, devenant acquéreur d'un droit, dont la nature même doit le mettre en rapport avec les tiers auxquels il est opposable, a dû prendre immédiatement les précautions nécessaires pour consolider son acquisition ; tandis que le débiteur, qui paye son créancier, ne doit s'attendre à avoir affaire, pour prouver sa libération, qu'à une seule personne, à son ancien créancier ou à ses représentants ; d'où il suit qu'il n'est pas en faute, lui ! de n'avoir pas pris des précautions contre des tiers, avec lesquels il

ne devait pas prévoir que le payement par lui fait le mettrait jamais en rapport!

Deux autres moyens encore ont été proposés pour expliquer cette exception à la théorie de l'article 1328 en faveur des actes sous seing privé portant quittance : l'un, par M. Larombière; l'autre, par notre regretté collègue, Rodière.

M. Larombière la fonde sur la disposition de l'article 1240, aux termes duquel :

« Le payement fait de bonne foi à celui qui est en pos-« session de la créance, est valable, encore que le pos-« sesseur en soit, par la suite, évincé. »

Or, dit le savant auteur, lorsque le débiteur paye entre les mains de son créancier, il fait plus que payer entre les mains du possesseur de la créance, puisqu'il paye entre les mains de celui qui en est propriétaire;

Donc, il doit être aussi valablement libéré.

L'article 1240 n'exige pas, en effet, que la quittance soit constatée par un acte ayant date certaine; il ne met à la valable libération du débiteur qu'une seule condition; à savoir : que le payement ait été fait de bonne foi. (T. IV, art. 1328, n°s 23-26.)

Quant à Rodière, le moyen, qu'il présente, est plus radical :

Pourquoi la cession de la créance déjà payée ne peut-elle pas valoir contre le cédé, lors même que celui-ci ne prouve le payement que par un acte sous seing privé, qui n'a acquis date certaine que postérieurement à la signification de la cession?

Parce que la cession est nulle; et la cession est nulle, parce qu'elle n'a pas d'objet!

On ne peut céder qu'une créance existante;

Or, la créance a cessé d'exister par le payement;

Donc, la cession est nulle. (*Observations* sur l'arrêt de la Cour de Lyon, du 3 juill. 1873, Eyriès, Dev., 1874, II, 227.)

Nous voudrions pouvoir accepter, sans réserve, le secours de ces moyens dans une thèse, dont la solution, telle que la jurisprudence et la doctrine l'admettent, ne repose pas, il faut bien l'avouer, sur une base juridique très-solide.

Mais nous ne nous dissimulons pas les objections, que ces moyens eux-mêmes peuvent soulever.

Aussi, M. Larombière conclut-il, dans son propre système, que les quittances sous seing privé sans date certaine antérieure à la signification de la cession, « ne sont pas opposables avec ce degré d'autorité absolue, comme elles le seraient envers des ayants cause, mais qu'elles le sont, à la charge par celui qui s'en prévaut, d'établir, par les circonstances de la cause, qu'elles ne sont point antidatées, et que la date qu'elles expriment, est parfaitement sincère. » (*Loc. supra cit.*, n° 26.)

C'est qu'il ne s'agit pas ici d'une question de bonne foi; il s'agit d'une question de preuve. Oui! sans doute, le payement fait de bonne foi au possesseur de la créance libère le débiteur. Mais ce payement a-t-il été fait au possesseur de la créance? c'est précisément la question!

Et quand Rodière, à son tour, fonde toute son explication sur cet argument que la créance a été éteinte par le payement, il n'est pas lui-même sans s'apercevoir du côté faible, que cette explication présente.

« Le cessionnaire, dit-il, peut répondre. il est vrai : « la question est précisément de savoir si la créance est éteinte ou non. »

Eh! sans doute!

Et nous ajoutons que le cessionnaire peut objecter, en outre, que l'article 1328 ne fait aucune distinction entre les actes sous seing privé, qui contiennent une obligation, et les actes sous seing privé, qui contiennent une libération.

Pour notre part, nous estimons que la meilleure base

sur laquelle il conviendrait de poser cette exception à la règle de l'article 1328, relativement aux actes sous seing privé portant quittance, serait l'intention vraisemblable du législateur, qui les en aurait tacitement exceptés.

Et cette intention du législateur nouveau peut paraître, en effet, d'autant plus vraisemblable, qu'en donnant aux besoins de la vie civile et à l'utilité pratique, la satisfaction qu'ils réclament, il ne faisait que confirmer, sur ce point, les traditions constantes de notre ancien Droit. (Comp. Ferrières, sur Paris, art. 104, § 1, n° 25 ; Bourjon, t. I, p. 466, n° 10 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 403 ; Marcadé, art. 1328 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 823 ; Marinier, ch. XI, n° 14 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 291 *bis*, IV ; voy. aussi *infra*, n° 551.)

540. — Il importe toutefois de renfermer cette exception dans sa véritable limite.

Elle est, avons-nous dit, relative aux actes sous seing privé portant quittance.

L'application la plus naturelle est assurément celle qui concerne les quittances, soit d'intérêts, soit de loyers ou de fermages, qui seraient opposées au cessionnaire du capital, ou à l'acquéreur des immeubles loués, ou encore au propriétaire par le sous-locataire. (Comp. aussi l'article 537 du Code de procédure.)

Nous croyons d'ailleurs qu'il faut aussi l'appliquer aux quittances du capital, résultant soit d'un payement effectif, soit d'une compensation légale ou facultative ;

Et cela, sans distinguer si le payement a eu lieu par anticipation ou seulement après l'exigibilité de la dette ; sauf aux parties intéressées à les attaquer, s'il y a lieu, pour cause de fraude. (Comp. Turin, 26 févr. 1812, Sirey, 1813, II, 45 ; Besançon, 15 févr. 1827, Sirey, 1827, II, 138 ; Toullier, t. VII, n° 84 ; Troplong, *du Louage*, n° 327 ; Duvergier, *du Louage*, t. I, n° 285 ; Zachariæ,

Aubry et Rau, t. VI, p. 403; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 27.)

541. — Mais on ne saurait, à notre avis, aller plus loin.

Et nous nous refusons à étendre l'exception aux actes sous seing privé par lesquels le cédant et le cédé auraient, de quelque manière que ce fût, pactisé sur la créance cédée, par remise, transaction, novation ou autrement.

Les actes sous seing privé, qui contiendraient des pactes de ce genre, lors même qu'ils porteraient une date antérieure à la signification de la cession, ne seraient pas opposables au cessionnaire, s'ils n'avaient pas acquis date certaine avant cette époque.

Ce ne sont pas là, en effet, des actes nécessaires, des actes d'administration, comme le payement, après lequel tout est fini ; et les motifs de l'exception disparaissent.

On ne pourrait décider que de tels actes font foi de leur date contre le cessionnaire qu'en considérant celui-ci comme l'ayant cause du cédant.

Mais une telle conséquence suffirait pour prouver ce que nous avons déjà établi, que cette thèse est inadmissible ! (*Supra*, n° 538.)

Rodière, il est vrai, pense, au contraire, qu'il ne faut pas *distinguer entre les quittances et les autres modes de libération.*

Et ce qu'il dit des quittances, il veut qu'*on le dise également des compensations ou des novations basées sur un titre sans date certaine.* (Dev., 1874, II, 227.)

Telle est, en effet, la conséquence nécessaire de sa théorie, d'après laquelle la cession de la créance doit être considérée comme nulle, faute d'objet, même à l'égard du cessionnaire. (Comp. *supra,* n° 539.)

Mais de cette conséquence aussi nous croyons pouvoir affirmer qu'elle serait, à elle seule, destructive du système d'où elle dérive! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 402; Larombière, t. IV, art. 1328, n°s 27-29.)

542. — *b.* Après avoir appliqué la théorie de l'ar-

ticle 1328 aux acquéreurs, nous avons maintenant à l'appliquer aux créanciers. (*Supra*, n° 529.)

Sur ce point, la règle est simple.

Il est évident que les créanciers, en tant qu'ils agissent du chef de leur débiteur, comme exerçant ses droits, dans les termes de l'article 1166, ne peuvent être que ses ayants cause.

D'une part, ils n'ont pas un droit à eux propre, indépendant du droit de leur débiteur;

Et, d'autre part, les droits, qu'ils ont sur les biens de leur débiteur, ne sont pas incompatibles avec les droits que celui-ci a pu concéder à d'autres, soit antérieurement, soit postérieurement, par des actes avec ou sans date certaine; puisqu'ils n'ont d'autre droit que le droit même de leur débiteur, en vertu de ce gage vague et indéterminé, qui résulte pour eux des articles 2092 et 2093.

Ils sont donc en dehors des deux conditions requises pour que l'ayant cause devienne tiers. (Comp. *supra*, n° 528.)

543. — C'est notamment dans le cas de faillite que cette règle produit l'une de ses conséquences les plus graves.

Ce qui en résulte, en effet, c'est que les actes sous seing privé, souscrits par le failli avant l'ouverture de la faillite, sont opposables aux créanciers, quoiqu'ils n'aient pas acquis une date certaine avant la faillite.

Cette déduction pourtant a été contestée.

On a objecté l'article 443 du Code de commerce, aux termes duquel :

« Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein « droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli « de l'administration de tous ses biens, même de ceux « qui peuvent lui échoir, tant qu'il est en état de fail- « lite.... »

Le failli, a-t-on dit, n'aurait-il pas un moyen facile d'éluder les effets de ce dessaisissement par une

antidate, si les actes sous seing privé souscrits par lui sans date certaine avant l'ouverture de la faillite, étaient opposables à ses créanciers? (Comp. Paris, 27 déc. 1873, Courtois; arrêt cassé *infra;* Marinier, ch. I, n° 24.)

La réponse est que ses créanciers seront admis à prouver la fraude.

Mais le danger, que l'on signale, ne saurait infirmer notre thèse :

1° Parce qu'il est impossible de considérer comme des tiers les simples créanciers, la masse des créanciers d'un débiteur;

2° Parce que le dessaisissement, que l'article 443 du Code de commerce prononce contre le failli, n'apporte aucune modification à cette règle fondamentale; il n'attribue pas en effet, par lui-même, aux créanciers un droit nouveau, un droit distinct du droit de leur débiteur, qu'ils n'auraient pas eu antérieurement, en leur seule qualité de créanciers; ce qu'il fait seulement, c'est de les substituer à leur débiteur dans l'administration de ses biens, pour qu'ils aient à en prendre la suite;

3° Enfin, parce qu'il y aurait eu aussi un autre danger, et non moins grave, à décider que la masse des créanciers, après la faillite, pourrait, *de plano,* méconnaître la date de tous les actes sous seing privé du failli, par cela seul que ces actes n'auraient pas acquis une date certaine avant la faillite.

Cela était véritablement inadmissible, soit en fait, au point de vue de l'utilité pratique, soit en droit, au point de vue scientifique.

Il faut donc maintenir notre thèse dans toutes les applications qu'elle comporte.

On oppose à la masse des créanciers un acte sous seing privé d'une date antérieure à la faillite, mais non certaine, par lequel le failli a rétrocédé à un tiers un immeuble dont il s'était rendu adjudicataire ; — ou par

lequel il a cédé ses droits dans une succession ; — fait novation d'une créance ; — consenti une remise partielle ou totale ; — accordé dispense de protêt ou de dénonciation de protêt ; etc.

Tous ces actes feront foi de leur date contre la masse. (Comp. Cass., 15 juin 1843, Nivert, Dev., 1843, I, 467 ; Cass., 15 juin 1843, Doffémont, Dev., 1843, I, 471 ; Douai, 1er mars 1851, Roy-Vallez, Dev., 1851, II, 309 ; Cass., 1er juill. 1854, Jullienne, Dev., 1854, I, 469 ; Cass., 15 mars 1859, Arnouls, Dev., 1859, I, 193 ; Amiens, 26 mars 1860, Arnouls ; Cass., 28 juin 1875, Courtois, Dev., 1875, I, 309 ; Bonnier, n° 697 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 403 ; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 36.)

544. — Concluons-en également qu'on doit admettre tous les créanciers à concourir au concordat et aux distributions, sans distinction entre ceux dont les titres ont une date certaine antérieure à la faillite et ceux dont les titres n'ont acquis une date certaine que postérieurement à la faillite, sauf toujours le cas de fraude prouvée.

545. — La même conclusion est applicable aux distributions civiles par suite de saisie. (Comp. Duranton, t. XIII, nos 140, 141 ; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 36.)

546. — Mais notre règle cesse d'être applicable, et les créanciers, au contraire, deviennent des tiers, lorsqu'ils ont acquis un droit distinct du droit de leur débiteur, auquel celui-ci ne peut plus, après coup, porter atteinte

Ils se trouvent alors, en effet, dans les deux conditions, qui font de l'ayant cause un tiers, relativement aux actes sous seing privé, sans date certaine, consentis par son auteur, qui seraient de nature à détruire ou à modifier le droit, qui lui est acquis.

Et ils peuvent ainsi devenir des tiers :

Soit à l'égard de leur débiteur ;

Soit entre eux, les uns à l'égard des autres.

547. — *a.* Joseph a, sur un immeuble appartenant à Paul, un droit d'hypothèque ou d'antichrèse, régulièrement acquis à la date du 1er mars 1875.

Et voilà que Jules lui présente un acte sous seing privé daté du 1er février précédent, par lequel Paul lui aurait vendu l'immeuble qui est affecté à son droit.

Mais cet acte n'a reçu une date certaine que postérieurement au 1er mars.

Peut-il être opposé à Joseph?

Évidemment non, malgré le dissentiment de Toullier. (T. VI, n° 247; comp. *supra*, n° 531; Cass., 20 fév. 1827, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, VIII, I, 529.)

548. — C'est par application du même principe que les payements, par anticipation, de loyers ou fermages d'immeubles saisis, ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires, dans le cas où ces payements n'ont pas acquis date certaine avant la transcription de la saisie. (Art. 682 et 685 du Code de procéd.)

Pareillement, on ne saurait opposer au créancier, qui a fait pratiquer sur les biens de son débiteur une saisie mobilière ou immobilière, les actes sous seing privé, par lesquels il aurait aliéné tout ou partie des meubles ou des immeubles compris dans la saisie, si ces actes n'ont pas acquis une date certaine avant le procès-verbal de saisie-exécution ou la transcription de la saisie-immobilière. (Art. 686 Code de procéd.; comp. aussi art. 684.)

L'incertitude de la date, quant aux actes d'aliénation, suffit seule pour autoriser le créancier à les repousser, sans qu'il soit nécessaire de les attaquer pour cause de simulation et de fraude.

En un mot, le créancier saisissant est alors un tiers, qui peut invoquer l'article 1328. (Comp. Pothier, n° 751; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Tiers*, § 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 104; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 18.)

549. — Le créancier d'un cohéritier a formé une op-

position au partage de la succession échue à son débiteur. (Art. 882.)

L'acte d'opposition est du 1er mars 1875.

Mais ses cohéritiers lui présentent un acte sous seing privé de partage, à la date du 1er février précédent.

Cet acte n'a pas acquis une date certaine avant le 1er mars.

Il ne lui est pas opposable. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 120; notre *Traité des Successions*, t. V, nos 183 et 238; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Tiers*, § 11; Delvincourt, t. II, p. 372; Duranton, t, VII, n° 511; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 17.)

550. — Est-il nécessaire de dire que les créanciers, qui attaquent, par la voie de l'action Paulienne, en vertu de l'article 1167, les actes passés par leur débiteur en fraude de leurs droits, sont à considérer, non pas comme des ayants cause, mais comme des tiers!

Comment seraient-ils ses ayants cause, puisqu'ils agissent contre lui et se constituent ses adversaires?

Ils exercent donc alors, de leur chef, un droit qui leur est propre.

Et, du moment où ils ont commencé à l'exercer, on ne saurait leur opposer les actes sous seing privé, sans date certaine, souscrits par leur débiteur *fraudator*, dont le résultat serait de détruire ou de diminuer le bénéfice de leur poursuite. (Comp. le tome II de ce *Traité*, nos 120 et 134; Cass., 25 janv. 1825, Sirey, 1825, I, 344; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 404.)

551. — Des développements qui précèdent, ne faut-il pas aussi conclure que les quittances sous seing privé, délivrées par un créancier dont la créance a été frappée de saisie-arrêt, ne peuvent pas être opposées au tiers saisissant, lorsqu'elles n'ont pas acquis une date certaine avant la saisie ou avant la dénonciation de la demande en validité de la saisie? (Comp. art. 1242, 1298, Code

Napol. ; art. 557-565, Code de procéd., Boitard, *Leçons sur le Code de procéd. civ.*, t. II, p. 219.)

Cette question est, presque de tous points, la même que celle que nous avons déjà examinée, en ce qui concerne les quittances sous seing privé sans date certaine, qui sont opposées à un cessionnaire par le débiteur cédé. (Comp. *Supra*, n°s 537 et suiv.)

Aussi, la même solution y est-elle généralement appliquée ;

C'est-à-dire qu'il est admis que les quittances sous seing privé, quoique sans date certaine, sont opposables au créancier saisissant, sauf à celui-ci à prouver, par tous les moyens, que la date, qui leur a été donnée, est fausse. (Comp. Lyon, 3 juill. 1873, Eyriès, Dev., 1874, II, 225.)

Mais quoi! est-ce que le créancier, qui a formé une saisie-arrêt, doit être considéré, à l'égard du tiers saisi, comme l'ayant cause du débiteur saisi ?

Tel est, en effet, le moyen sur lequel cette solution est appuyée dans la jurisprudence et dans la doctrine, par un grand nombre d'arrêts et d'auteurs. (Comp. Cass., 14 nov. 1836, Guis, Dev., 1839, I, 893 ; Bourges, 3 fév. 1836, Marotte-Bussy, Dev., 1837, II, 11 ; Toulouse, 7 déc. 1838, Galoup, Dev., 1839, II, 225 ; Toulouse, 5 juin 1840, de Carrières, Dev., 1840, II, 340 ; Aix, 8 janv. 1841, de Gasquet, Dev., 1841, II, 339; Cass., 8 nov. 1842, Rival, Dev., 1842, I, 929 ; Toulouse, 5 juin 1851, Sigaudès, Dev., 1851, II, 369, Toullier, t. VI n° 251; Duranton, t. XIII n° 133; Chauveau sur Carré, *Quest.* 1967.)

Mais nous protestons contre un tel argument.

Non! le créancier, qui a formé une saisie-arrêt, n'est pas l'ayant cause du débiteur saisi.

Il est un tiers, tout autant que le créancier qui a formé une saisie-exécution ; et telle est, en effet, la qualification que lui donne le texte formel de l'article 1298.

Qu'est-ce donc que la saisie-arrêt, sinon un mode lé-

gal d'exécution, semblable, dans son origine et dans ses résultats, aux autres modes légaux d'exécution, sauf cette différence que la saisie-arrêt s'applique à des créances ou à des objets mobiliers, qui se trouvent entre les mains d'un tiers ; tandis que les autres saisies s'appliquent à des biens, qui sont en la possession du débiteur.

Mais cette différence peut-elle exercer la moindre influence sur la solution de notre question?

En aucune manière.

Si donc on décide que les quittances sous seing privé sans date certaine sont opposables au créancier saisissant, ce n'est point parce qu'il est un ayant cause du débiteur saisi ;

C'est bien plutôt quoiqu'il soit un tiers ! (Comp. *supra*, n° 542; Marinier, ch. I, n° 12.)

Il s'agit donc d'une exception, qu'il faut entreprendre de fonder, non pas sur des raisons de droit très-rigoureuses, mais sur des raisons d'utilité pratique, pareilles à celles, que nous avons déjà présentées en faveur du débiteur cédé.

On peut d'ailleurs invoquer aussi, dans l'intérêt du tiers saisi, la disposition de l'article 573 du Code de procédure, qui est ainsi conçue :

« La déclaration (du tiers saisi) énoncera les causes « et le montant de la dette; les payements à-compte, si « aucuns ont été faits ; l'acte ou les causes de libéra- « tion, si le tiers saisi n'est pas débiteur; et, dans tous « les cas, les saisies-arrêts ou oppositions formées entre « ses mains. »

Quelques jurisconsultes ajoutent qu'il convient de traiter le tiers saisi plus favorablement que le débiteur cédé. C'est ainsi que MM. Aubry et Rau reconnaissent, en règle, au tiers saisi, le droit de se prévaloir, contre le tiers saisissant, des quittances, qui n'ont point acquis date certaine antérieurement à la saisie, sauf à ce-

lui-ci à établir l'antidate; tandis qu'ils n'admettent le cédé à opposer au cessionnaire les quittances sans date certaine qu'autant que des circonstances particulières tendent à en prouver la sincérité. « Cette distinction, disent les savants auteurs, à l'appui de laquelle on peut invoquer la disposition de l'article 572 du Code de procédure, se justifie d'ailleurs par la considération, que, dans le cas de saisie-arrêt, il n'existe aucun acte émané du saisi, titulaire de la créance, de nature à rendre suspectes les quittances qu'il a délivrées; tandis que l'existence même d'un transport régulièrement signifié fait naître un soupçon d'antidate contre les quittances, qui n'ont pas été produites lors de la signification du transport ou du moins immédiatement après. » (T. VI, p. 405.)

Cette considération est, en effet, sérieuse; quoique pourtant on puisse craindre sérieusement aussi que le saisi, titulaire, probablement insolvable, de la créance, ne s'entende avec le tiers saisi pour déjouer la poursuite du saisissant, et lui soustraire son gage au moyen de quittances antidatées.

Ce qui est donc vrai finalement, dans les deux hypothèses, soit de cession, soit de saisie-arrêt, c'est qu'il y a là une question de fait et de bonne foi, dont les juges ont l'appréciation.

Mais n'oublions pas que, dans les deux hypothèses aussi, l'exception, que nous admettons à la théorie de l'article 1328, n'est applicable qu'aux quittances, et qu'elle ne saurait être étendue aux conventions quelconques : novations, transactions, remises ou autres, par lesquelles la créance cédée ou saisie se trouverait éteinte! (Comp. *supra*, n° 541.)

552. — *b.* Nous venons de dire comment et dans quels cas les créanciers deviennent des tiers, à l'égard de leur débiteur.

Comment et dans quels cas ils deviennent des tiers,

les uns à l'égard des tiers, cela n'est pas moins simple. (*Supra*, n° 546.)

C'est ce qui arrive, en effet, lorsqu'un créancier réclame, contre les autres créanciers, un droit de préférence ou une priorité de rang, afin d'obtenir, avant eux, sur tel ou tel bien du débiteur commun, le payement de sa créance.

La règle est que les créanciers d'un même débiteur sont tous ses ayants cause, d'une condition égale, ayant ensemble pour gage commun tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir. (Art. 2092, 2093.)

L'exception, c'est la préférence de l'un ou de quelques-uns d'entre eux sur les autres.

Or, précisément, le caractère de cette exception consiste en ceci, que l'un des créanciers sort de la masse et se sépare des autres, pour acquérir, à son avantage et à leur détriment, un droit particulier plus fort.

Le voilà donc un tiers !

Puisqu'il a acquis un droit particulier, en effet, et qui lui appartient directement, en dehors de la masse et de son gage commun.

Mais, par contre, réciproquement, les autres créanciers sont aussi devenus, quant à ce droit particulier, des tiers à son égard.

D'où la conséquence que ce droit de préférence ou de priorité de rang, qui peut avoir pour résultat de détruire ou de diminuer leurs droits, à eux, ne peut leur être opposé qu'autant que l'acte, d'où il procède, a acquis une date certaine, en temps utile, pour pouvoir leur être légalement opposé.

C'est là une règle fondamentale du Droit civil.

Et tous nos textes en témoignent! (Comp. les articles 2073, 2074, 2075, 2085, 2102-1°, 2106, 2115, 2134, etc.; le tome IV de ce *Traité*, n°s 405 et suiv.)

553. — Un créancier réclame une préférence en vertu d'un privilége ou d'une hypothèque.

Cette préférence, dit-il, m'appartient, parce que j'ai payé, en qualité de caution, un créancier privilégié ou hypothécaire, auquel, en conséquence, j'ai été, par le fait même de ce payement, légalement subrogé. (Art. 1250-3°, 2029.)

Comment le prouve-t-il?

En représentant une quittance pure et simple, qui ne mentionne ni le cautionnement, d'où la subrogation légale aurait pu résulter à son profit, ni une clause de subrogation conventionnelle.

Et l'acte sous seing privé, par lequel il se serait rendu caution du débiteur, n'a pas acquis une date certaine avant ce payement, dont il n'a retiré qu'une quittance pure et simple.

Mais est-ce que cet acte n'a pas pu être antidaté, au préjudice des autres créanciers du débiteur commun, pour faire revivre, après coup, une cause de préférence éteinte par le payement de la créance à laquelle elle était attachée?

Sans doute!

Et c'est précisément pour cela, que les autres créanciers sont des tiers, dans les termes de l'article 1328, et qu'ils sont fondés à méconnaître la sincérité de la date de cet acte de cautionnement, qui peut, en effet, avoir été rédigé en fraude de leurs droits, après le payement de la créance. (Comp. Lyon, 13 juin 1849, Bar, Dev., 1849, II, 108.)

553 *bis*. — Mais supposons que la quittance porte la clause d'une subrogation conventionnelle, consentie par le créancier, au même moment où il recevait son payement.

Est-il, dans ce cas, nécessaire, pour que la subrogation produise son effet à l'égard des tiers, que la quittance sous seing privé, qui la renferme, ait acquis une date certaine, à une époque quelconque antérieure à sa production?

Cette question est délicate; et nous l'avons déjà examinée, en traitant du payement avec subrogation.

Il suffit donc de nous référer à la distinction, au moyen de laquelle nous avons pensé qu'elle doit être résolue. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n°s 379-381; Cass., 10 janv. 1857, Leduc, Dev., 1857, I, 332; Cass., 7 avril 1858, Modo, Dev., 1858, I, 810.)

554. — L'application de ce principe à l'hypothèque légale, que l'article 2121 accorde à la femme mariée sur les immeubles de son mari, a soulevé également de vives résistances.

Aux termes de l'article 2135, cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription.

Et lorsqu'elle est exercée par la femme pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari ou pour le remploi de ses propres aliénés, elle ne prend rang qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Or, l'obligation ou la vente peuvent avoir eu lieu par acte sous seing privé sans date certaine.

D'où il suit que la date de la naissance et le rang de l'hypothèque légale de la femme peuvent résulter, en effet, d'un acte sous seing privé sans date certaine.

Eh bien! donc, un tel acte sera-t-il opposable soit à un autre créancier hypothécaire du mari, inscrit régulièrement à une date antérieure, et que la femme voudrait primer, soit à un acquéreur dont le titre serait régulièrement inscrit aussi à une date antérieure, et contre lequel la femme voudrait exercer le droit de suite?

Pour la solution affirmative, on a invoqué le texte même de l'article 2135, et la raison essentielle sur laquelle il est fondé :

1° Les termes de cet article sont généraux.

Il fait descendre, il est vrai, le rang de l'hypothèque légale de la femme au jour de l'obligation ou de la vente.

Mais, du moins, est-ce pour tous les cas.

Que l'acte, qui constate l'obligation ou la vente, soit authentique ou sous seing privé; et, s'il est sous seing privé, qu'il ait ou qu'il n'ait pas une date certaine, il n'importe!

La formule absolue de l'article 2135 est exclusive de toutes les distinctions, que l'on voudrait faire entre les différentes manières, dont la créance de la femme pourra être prouvée.

2° Ainsi l'exige, en effet, impérieusement, le motif sur lequel l'article 2135 est fondé.

Pourquoi cet article dispose-t-il que l'hypothèque légale de la femme existe indépendamment de toute inscription?

C'est parce que le législateur a très-sagement considéré que la faiblesse et l'inexpérience de la femme, que l'état de dépendance surtout dans lequel elle se trouve envers son mari, la rendaient incapable de pourvoir elle-même à sa sûreté, en prenant une inscription.

Or, les mêmes motifs la rendent aussi incapable de pourvoir à sa sûreté, en faisant enregistrer les actes sous seing privé, qui constatent ses créances.

Il y aurait donc eu, de la part du législateur, contradiction et inconséquence à la dispenser de la formalité de l'inscription, et à ne pas la dispenser de la formalité de l'enregistrement.

Aussi, faut-il conclure qu'elle est également dispensée de l'une et de l'autre. (Comp. Paris, 31 juill. 1847, Thomas, Dev., 1847, II, 483, arrêt cassé *infra;* Orléans, 24 mai 1848, Vidal, Dev., 1850, II, 145; Amiens, 26 mars 1860, Arnouts, Dev., 1860, II, 124, arrêt cassé *infra;* Duranton, t. XX, n° 34.)

Cette doctrine étant une fois admise, il est clair que les créanciers subrogés aux droits de la femme pourraient, comme elle, en son lieu et place, exercer son hypothèque légale dans les mêmes conditions à l'encontre des

tiers. C'est ce qu'a décidé, en effet, l'arrêt précité de la cour de Paris.

555. — Mais cette doctrine, si sérieuse qu'elle puisse paraître, n'est pas, suivant nous, juridique.

1° La question, en effet, est uniquement celle-ci :

L'autre créancier hypothécaire du mari ou l'acquéreur de son immeuble sont-ils des tiers, à l'égard de la femme, qui prétend exercer, à leur préjudice, son hypothèque légale?

Évidemment oui !

Car ils ont, l'un et l'autre, un droit propre et direct, qu'ils exercent de leur chef, et auquel le mari ne saurait, après coup, par un acte antidaté, porter atteinte!

Or, s'ils sont des tiers, ils peuvent invoquer l'article 1328.

2° On objecte que l'article 2135 y déroge, en faveur de la femme, pour l'exercice de son hypothèque légale!

Nous répondons que l'article 2135 ne fait rien de pareil.

Ce qu'il fait seulement, c'est de dispenser la femme de prendre inscription; et, par suite, il détermine le rang de son hypothèque eu égard à l'origine et à la nature de ses différentes créances.

Mais du mode de preuve de ces créances et de la date des actes qui devront les constater, il n'en dit absolument rien.

Or, que résulte-t-il de ce silence?

Une conséquence toute simple, c'est que l'hypothèque légale de la femme demeure, à cet égard, sous l'empire du droit commun.

Pour l'y soustraire, il ne suffisait pas de ne rien dire.

Il aurait fallu un texte consacrant expressément une aussi grave exception !

3° C'est que, en effet, cette exception aurait été très-grave.

L'intérêt de la femme mariée est important sans doute, et tout à fait digne de la sollicitude du législateur.

Mais il faut aussi que le législateur se préoccupe de l'intérêt des créanciers du mari et des tiers acquéreurs, qui pourraient être si facilement sacrifiés par une collusion frauduleuse entre le mari et la femme elle-même!

Si la femme, au lieu d'être complice du mari, avait été, de sa part, victime d'un dol caractérisé ou d'une violence véritable, à l'occasion de l'acte sans date certaine pour lequel elle réclame une indemnité, notre thèse ne serait plus la même. Son indemnité, en effet, aurait alors pour cause, non pas l'obligation ou la vente par elle consentie, mais le délit ou le quasi-délit commis par son mari envers elle; et c'est de ce jour que daterait son hypothèque légale. Voilà sa garantie!

Ajoutons enfin, avec M. Marinier, que l'inscription est quelque chose de plus grave que l'enregistrement du titre, pour le crédit du mari; et, dès lors, *on comprend comment la femme reculerait devant une inscription, tout en faisant enregistrer son titre.* (N° 28.)

Nous concluons donc que l'hypothèque légale de la femme, pour indemnité des obligations par elle contractées avec son mari ou pour le remploi de ses propres aliénés, ne prend rang qu'à compter du jour où les actes qui constatent l'obligation ou la vente, ont acquis date certaine. Nous retrouverons d'ailleurs encore cette thèse à sa place, dans le *Titre du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux.* (Comp. Cass., 5 févr. 1850, l'Évêque, Dev., 1851, I, 192; Agen, 20 mars 1851, Barsalou, Dev., 1852, II, 224; Rouen, 24 mars 1852, Levêque, Dev., 1852, II, 535; Riom, 29 janv. 1857, Arnouts, Dev., 1857, II, 401; Cass., 15 mars 1859, Arnouts, Dev., 1859, I, 193; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 406; Marinier, *loc. supra, cit.*; Bonnier, n° 697; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 33.)

556. — II. Dans quels cas et de quelles manières

l'acte sous seing privé acquiert-il une date certaine à l'égard des tiers?

C'est notre seconde question sur ce sujet. (*Supra*, n° 506.)

D'après l'article 1328, les actes sous seing privé acquièrent une date certaine dans trois cas ; à savoir :

A. Du jour où ils ont été enregistrés ;

B. Du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits ;

C. Du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

537. — *A*. L'enregistrement est le premier moyen que le législateur indique pour donner une date certaine à l'acte sous seing privé ;

Le premier, parce qu'il est, en effet, le moyen normal, celui qui est précisément institué *ad hoc*.

Aussi n'offre-t-il, au point de vue qui nous occupe, aucune difficulté.

Le caractère public de l'officier préposé à l'accomplissement de cette formalité, comme aussi les règles auxquelles la tenue de ses registres est soumise, et qui rendent les intercalations à peu près impossibles, offrent, en effet, aux tiers, les garanties les plus rassurantes contre les dates fausses. (Comp. Garnier, *Répert. général des droits d'enregistrement*, v° *Enregistrement*, t. I, p. 856, n° 5752.)

538. — *B*. La mort de celui ou de l'un de ceux qui ont souscrit l'acte sous seing privé, devait évidemment lui donner une date certaine, à compter du jour de cet événement ; puisqu'il est physiquement impossible que l'acte ait été écrit depuis la mort de l'un des signataires. (Comp. Pothier, n° 750.)

Pas de doute sur l'application de notre texte, dans le cas où c'est l'une des parties contractantes qui est morte : le débiteur, l'un des codébiteurs, ou une caution, etc.

Mais faut-il l'appliquer de même au cas de la mort d'une personne qui, sans être partie contractante, aurait signé l'acte seulement, comme témoin, par exemple, ou comme conseil des parties?

Non! a-t-on répondu:

Si on compare l'article 1328 à l'article 1322, on verra que ces mots : *celui ou l'un de ceux qui les ont souscrits*, sont, dans le langage de la loi, synonymes des mots : *parties contractantes*. Dans l'article 1326, la loi désigne encore la partie qui s'oblige par la même expression. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi dans l'article 1328? (Marinier, ch. II, n° 3.)

Mais nous pensons, au contraire, qu'il faut répondre affirmativement :

Le texte même d'abord l'exige, suivant nous. Qu'est-ce que souscrire un acte, si ce n'est le signer, *subscribere!* et la preuve que tel est bien le sens de ce mot dans l'article 1328, se trouve dans l'article 1410, qui, faisant l'application de notre principe, dispose que, dans l'hypothèse qu'il prévoit, la date d'un acte sous seing privé devient certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs *signataires* dudit acte.

C'est qu'il ne s'agit pas, dans l'article 1328, comme dans les articles 1322 et 1326, de déterminer les effets de l'acte, quant à la convention, qu'il renferme.

Il s'agit de savoir si l'événement, qui s'est produit, a donné à cet acte une date certaine.

Or, quant à ce dernier point, qu'importe la qualité en laquelle une personne, décédée depuis, y a apposé sa signature?

Il n'en est pas moins certain que l'acte a été signé avant le jour de son décès.

Donc, il doit avoir date certaine à compter de ce jour. (Comp. Cass., 8 mai 1827, Sirey, 1827, I, 453; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 407; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 43; Bonnier, n° 704, qui cite en ce sens

un arrêt de la Cour de cassation du 28 juillet 1858.)

559. — L'individu, étranger à la convention, que l'acte sous seing privé renferme, ne l'a pas signé.

Mais il l'a écrit !

Cette hypothèse sera certainement plus fréquente que celle qui précède ; elle est même de nature à se présenter souvent.

Eh bien ! donc, la mort de cet individu donnera-t-elle à l'acte une date certaine ?

Pour cette fois, non, certainement !

Le texte manque d'abord ; puisque celui qui s'est borné à écrire l'acte, n'est pas *celui ou l'un de ceux qui l'ont souscrit.*

Et la raison du texte ne fait pas moins défaut.

Grande est, en effet, la différence entre la signature de la personne et un simple corps d'écriture.

La signature, quoique sujette elle-même à dénégation et à vérification, est bien plus caractéristique de l'identité de la personne ; tandis que la simple écriture, non signée, est toujours anonyme, sans aucune relation avec une personne déterminée ; de sorte qu'il faudrait nécessairement, pour en reconnaître l'auteur, recourir à des moyens de vérification incertains et dangereux ! (Comp. Marinier, ch. II, n° 4 ; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 45.)

560. — On a remarqué que la date de l'acte sous seing privé devient certaine par la mort de l'un des souscripteurs, lors même qu'il n'existerait pas, sur les registres de l'état civil, un acte de décès régulier, et qu'il y aurait nécessité d'établir le décès au moyen de la preuve testimoniale. (Larombière, *loc. supra cit.*, n° 43.)

Sans doute !

Le législateur ne s'occupe pas ici, et il n'avait pas à s'occuper, de la manière dont la mort de l'un des souscripteurs de l'acte pourra être prouvée.

En ce qui concerne le mode de preuve, il s'en réfère

donc tacitement au droit commun. (Voy. notre *Traité des Actes de l'état civil*, nos 521 et suiv.)

561. — *C.* En troisième lieu, l'acte sous seing privé acquiert une date certaine, du jour où sa substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

Il résulte de là une sorte d'*enregistrement;* l'idée est, en effet, la même dans les deux cas; c'est la date de l'acte sous seing privé constatée par un officier public. (*Supra*, n° 557.)

Mais ce que le législateur exige, pour cela, très-sagement, c'est qu'aucun doute ne puisse s'élever sur l'identité de l'acte sous seing privé, dont l'existence a été constatée dans un acte dressé par un officier public.

Voilà pourquoi il dispose que l'acte public, qui le relate, doit en *constater la substance;*

La substance, c'est-à-dire le caractère constitutif, vente, transaction, partage ou autre, sa date apparente, ses clauses principales, et, bien entendu aussi, les parties qui y figurent. C'est presque, dans l'article 1328, la même signification que dans l'article 1338, d'après lequel l'acte de confirmation ou de ratification d'une obligation, contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve *la substance de cette obligation....*

C'est, en un mot, un *signalement* de l'acte sous seing privé, qui doit l'individualiser, en quelque sorte, de manière à le faire reconnaître sans équivoque.

La simple indication de la date de l'acte ne serait donc pas suffisante.

Suffirait-il de signaler l'acte par ses caractères matériels et l'indication des mots par lesquels il commence et se termine?

M. Larombière le pense ainsi, pourvu, dit-il, que ces mentions ne laissent aucun doute sur son identité. (T. IV, art. 1328, n° 46.)

Mais est-ce bien là constater la *substance* de l'acte?

Il nous paraît permis d'en douter, quoique nous ne nous dissimulions pas que, en fait, cette doctrine pourrait réussir, si aucun doute ne s'élevait sur l'identité de l'acte. (Comp. Cass., 23 nov. 1842, Dulugat, Dev., 1842, I, 134; Rouen, 24 mars 1852, Levêque, Dev., 1852, II, 535; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 407; Marinier, ch. II, n° 6.)

562. — C'est le plus souvent dans les procès-verbaux de scellés et d'inventaire, que se trouvent ces sortes de descriptions des actes sous seing privé.

Et c'est aussi l'exemple, que l'article 1328 a cité.

Mais ce n'est là qu'un exemple simplement démonstratif.

Cet article, en effet, commence par poser, en règle générale, que la date de l'acte sous seing privé devient certaine du jour où la substance en est constatée *dans des actes dressés par des officiers publics.*

Tels, par exemple, que les actes de notaire, d'huissier; — les jugements et autres actes de justice; — les procès-verbaux de saisie; — les contraintes décernées par les receveurs de l'enregistrement et des domaines, — et même aussi les actes émanés d'une administration publique, comme une décision ministérielle faisant remise aux parties du double droit dû pour défaut d'enregistrement dans les délais, etc. (Comp. Cass., 23 nov. 1842, Dulugat, Dev., 1842, I, 134; Riom, 24 janv. 1842, Duchamp, Dev., 1842, II, 67; Cass., 22 nov. 1864, Ribotti, Dev., 1865, I, 380.)

On a décidé, toutefois, avec raison, suivant nous, qu'il en est autrement d'une requête en défense signifiée d'avoué à avoué, parce que, en effet, les énonciations, que ces sortes d'actes renferment, ne constituent que de simples allégations, sans aucun caractère d'authenticité. (Comp. Grenoble, 26 avril 1849, Finat, Dev., 1850, II, 271; Rouen, 24 mars 1852, Levêque, Dev., 1852, II, 535;

Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 407; Bonnier, n° 704; Marinier, ch. II, n° 7; Larombière, art. 1328, n° 47.)

563. — Voici un acte sous seing privé portant la date du 1er mars 1875, qui constate la substance d'un autre acte sous seing privé portant la date du 1er février précédent.

Ni l'un ni l'autre n'avaient acquis date certaine, lorsque l'acte du 1er mars 1875 est présenté à l'enregistrement le 1er juillet.

Cet acte acquiert donc une date certaine à compter de ce jour.

Et l'autre acte, celui du 1er février, acquiert-il aussi, de ce jour, une date certaine?

On pourrait dire : 1° qu'il n'a pas été lui-même enregistré; 2° que sa substance n'a pas été constatée dans un acte authentique, mais seulement dans un acte sous seing privé.

Il est vrai.

Mais l'acte sous seing privé, qui a constaté sa substance, se trouve maintenant avoir acquis une date certaine par sa relation dans un acte authentique.

N'en résulte-t-il pas dès lors nécessairement que la formalité qui a rendu certaine la date de l'un, a, du même coup, rendu certaine la date de l'autre?

Nous le croyons ainsi. (Comp. Larombière, t. IV, art. 1328, n° 49.)

564. — Il est bien entendu que, dans les trois cas prévus par l'article 1328, la date de l'acte sous seing privé ne devient pas certaine rétroactivement *ut ex tunc*, comme du jour où il aurait été souscrit d'après sa date apparente.

Le texte même, d'accord avec le motif essentiel qui l'a dicté, porte qu'elle ne devient certaine que *ut ex nunc*, du jour seulement où s'est accompli le fait qui lui imprime, pour l'avenir, une date certaine.

Et de là même il résulte que, dans les inventaires, les

actes sous seing privé acquièrent date certaine, non pas simultanément du jour de la clôture définitive du procès-verbal, mais, au contraire, successivement, par chaque vacation, au fur et à mesure que la substance en est constatée, et eu égard à la date de la partie du procès-verbal, où elle se trouve relatée. (Comp. *infra*, n° 586; Colmet de Santerre, t. V, n° 291 *bis*, VII; Marinier, ch. II, n° 7; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 48.)

565. — Tels sont les trois cas dans lesquels, d'après l'article 1328, un acte sous seing privé peut acquérir une date certaine contre les tiers.

Ces trois cas sont-ils les seuls?

En d'autres termes, l'article 1328 est-il limitatif ou simplement démonstratif?

Un assez grand nombre d'hypothèses, plus ou moins extraordinaires, ont été, comment dirons-nous? imaginées par la doctrine, dans lesquelles, a-t-on dit, l'antidate serait également devenue impossible; quelques-unes de ces hypothèses se sont même présentées dans la pratique.

Et on a, en conséquence, entrepris de soutenir cette thèse que l'article 1328 n'est que démonstratif et que les magistrats ont le pouvoir d'admettre, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, qu'un acte sous seing privé a pu acquérir une date certaine contre les tiers, en dehors des trois cas prévus par cet article. (Comp. Toullier, t. VII, n°s 242-243.)

Nous appliquerons, en ce qui nous concerne, la même solution à toutes ces hypothèses, en répondant :

Non ! il n'appartient jamais aux juges d'admettre qu'un acte sous seing privé ait pu acquérir une date certaine à l'égard des tiers, si ce n'est dans l'un des trois cas, que l'article 1328 a définis :

1° Le texte de cet article nous paraît formel :

« Les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre « les tiers que du jour... ; »

2° Cette formule est d'autant plus significative, qu'il résulte des travaux préparatoires que telle a été, en effet, la formelle intention du législateur nouveau.

Le cas de mort de l'un des souscripteurs de l'acte était d'abord le seul cas prévu dans le projet; et ce n'est qu'ensuite, après discussion, que fut ajouté le second cas, celui de la constatation de la substance de l'acte privé dans un acte public ; addition qui n'aurait eu aucun sens, dit très-bien M. Bonnier, si l'article n'avait été qu'énonciatif. (Comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 124.)

Le législateur de 1804 n'ignorait pas sans doute non plus que les circonstances, qui pouvaient donner une date certaine aux actes sous seing privé, n'étaient pas, dans notre ancien Droit, définies ni précisées. (Comp. Pothier, n° 750; Édit du mois de mai 1693; Cass., 10 avril 1838, Paillet, Dev., 1838, I, 289.)

Et il a voulu précisément substituer à l'incertitude et à l'arbitraire, qui étaient inséparables de ce régime, une règle absolue, afin de garantir sûrement les tiers contre le redoutable danger des antidates, et de donner ainsi aux droits des citoyens une base fixe et inébranlable.

Or, ce dessein, si sage et si politique, sera évidemment trompé, s'il est permis d'admettre, en dehors des trois cas prévus, qu'un acte sous seing privé a pu acquérir une date certaine contre les tiers ;

Et cela, quelles que soient les circonstances, que l'on veuille supposer :

D'abord, parce que, en aucun cas, ces circonstances ne fourniraient la preuve de l'impossibilité absolue, où les parties se seraient trouvées de commettre cette antidate;

Ensuite, parce que, en admettant même qu'elles se soient trouvées, à un certain moment, dans cette impossibilité absolue, jamais non plus on ne pourrait obtenir

la preuve certaine du moment précis, où cette impossibilité se serait produite;

Et que cette double preuve, si on l'admettait, serait pleine de périls!

Supposez même, en fait, une impossibilité absolue d'écrire ou de signer; ne pourrait-on pas craindre une collusion frauduleuse, par suite de laquelle celui qui en serait atteint, s'entendrait avec une autre personne, pour faire imiter sa signature, qu'il reconnaîtrait ensuite comme vraie!

3° Enfin, ajoutons que les parties qui ont souscrit l'acte sous seing privé, leurs héritiers et ayants cause avaient un moyen régulier de lui donner une date certaine contre les tiers. Ce moyen, c'était l'enregistrement.

S'ils ne l'ont pas employé, c'est à eux qu'en est la faute! et ils doivent en subir les conséquences.

Il serait tout à fait illogique et inique de faire retomber ces conséquences sur les tiers, qui sont exempts de toute faute, en les privant de la garantie que le législateur a voulu leur assurer.

Concluons donc, avec la Cour de cassation, que *la règle de l'article 1328 est absolue et n'admet pas d'exception.* (28 janv. 1858, Leparlier, Dev., 1858, I, 792; comp. Cass., 27 mai 1823, Sirey 1823, I, 297; Bordeaux, 27 janv. 1829, Sirey, 1829, II, 292; Angers, 18 fév. 1837, Dugrand-Launay, Dev., 1839, II, 426; Agen, 4 déc. 1841, Galtié, Dev., 1843, II, 135; Lyon, 13 janv. 1849, Bas, Dev., 1849, II, 108; Grenoble, 26 avril 1849, Finot, Dev., 1850, II, 271; Duranton, t. XIII, n° 131; Bonnier, n° 704; Marcadé, art. 1328, n° 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 407; Colmet de Santerre, t. V, n° 291 *bis*, VIII; Marinier, ch. II, n°s 8 et suiv.; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 50.)

566. — Mais quoi! est-ce que l'absence, judiciairement déclarée, de l'un des souscripteurs de l'acte sous

seing privé, ne doit pas, aussi bien que sa mort, donner à cet acte une date certaine?

Nous avons déjà répondu négativement. (Comp. notre *Traité de l'Absence*, n°s 145 *bis* 1 et 2.)

A plus forte raison, en serait-il de même de l'éloignement, de l'emprisonnement, ou d'une séquestration quelconque de l'un des souscripteurs.

567. — De même d'une maladie, d'une infirmité, par exemple, d'une paralysie, qui lui aurait enlevé l'usage de ses mains, quand même on offrirait la preuve du moment précis où l'incapacité se serait produite : preuve à peu près impossible !

568. — Mais pourtant, si cette incapacité résultait d'un fait matériel, susceptible d'être constaté?

C'est un homme, qui a subi l'amputation des deux bras, tel jour, à telle heure!

Cet exemple, sur lequel Toullier insiste tout particulièrement, ne nous paraît pas plus probant que les autres.

N'a-t-on pas vu de ces amputés écrire encore avec les pieds, avec la bouche, avec le ventre?

569. — Voici un acte sous seing privé portant une date ancienne.

Cette date n'est pas certaine, d'après l'un des trois faits déterminés par l'article 1328.

Mais le papier, sur lequel la convention est écrite, est dans un état de vétusté manifeste ; et il est marqué d'un timbre hors d'usage depuis longtemps.

Il n'y a pas non plus à tenir compte de ces circonstances, quant à notre question de sincérité de la date! (Comp. Cass., 17 août 1831, *Administ. de l'enregistrement*, D., 1831, I, 275.)

570. — Pas plus qu'il n'y a lieu de tenir compte de la circonstance que l'acte sous seing privé serait constaté, dans sa substance, ou même copié tout entier dans les livres régulièrement tenus de l'un des souscripteurs.

(Comp. Aix, 17 avril 1865, Pascal, Dev., 1866, II, 53.)

571. — Ne devrait-on pas du moins prendre en considération l'apposition du timbre de la poste?

Pas davantage ! (comp. Lyon, 3 juill. 1873, Eyriès, Dev., 1874, II, 225);

Pas plus que d'un sceau ou d'une empreinte quelconque de toute autre administration publique.

572. — Et la possession?

Ne sera-t-elle donc pas non plus une preuve de la sincérité de la date de l'acte sous seing privé, si elle concorde avec cet acte, dans son origine et dans sa durée?

Non plus !

Je suis acquéreur de tel immeuble par un acte ayant date certaine.

Vous êtes locataire de ce même immeuble par un acte sous seing privé d'une date antérieure, mais non certaine.

Votre bail ne m'est donc pas opposable. (Art. 1743.)

Et c'est en vain que vous offririez de prouver que vous avez été mis en possession et en jouissance à la date même qu'il porte.

Votre possession ne prouve pas, contre moi, la sincérité de la date de votre titre ! (Comp. *infra*, n° 579 ; Douai, 11 août 1837, Bouge, Dev., 1838, II, 106; Nîmes, 27 mai 1840, Carron, Dev., 1840, II, 495.)

573. — Est-il nécessaire de dire que la preuve testimoniale ne saurait être admise pour établir, contre un tiers, la sincérité de la date d'un acte sous seing privé qui ne serait pas devenue certaine, conformément à l'article 1328 !

Pas plus que pour déterminer l'époque à laquelle aurait été passée la convention, que cet acte renferme.

Les présomptions ne seraient pas plus admissibles que la preuve testimoniale. (Art. 1341, 1353; comp. Cass., 27 mai 1823, Sirey, 1823, I, 297; Toulouse, 7 juill. 1831, Dev., 1832, II, 646; Grenoble, 9 mai 1833,

Dev., 1833, II, 506; Douai, 11 août 1837, Bouge, Dev., 1838, II, 106.)

574. — Ajoutons que, dans le cas où la preuve testimoniale serait admissible avec un commencement de preuve par écrit, l'acte qui serait présenté comme commencement de preuve par écrit, ne serait lui-même opposable aux tiers, et par conséquent admissible comme tel, qu'autant qu'il aurait acquis une date certaine, par l'un des moyens que l'article 1328 détermine. (Art. 1347.)

Il est clair, en effet, que les tiers doivent avoir, quant au commencement de preuve par écrit, les mêmes garanties contre une antidate frauduleuse, que la loi leur accorde contre tous les actes sous seing privé. (Comp. Marinier, ch. II, n° 10; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 51.)

575. — De ce que la règle posée par l'article 1328 est, avons-nous dit, absolue, il ne faudrait pas conclure toutefois qu'elle constitue un moyen d'ordre public, auquel il ne serait pas permis de renoncer.

A un point de vue général et élevé, on peut dire sans doute que cette règle est d'intérêt public, en tant qu'elle a pour but et pour résultat de consolider les propriétés et tous les droits des citoyens.

Mais il n'en est pas moins vrai que, dans ses applications individuelles, elle ne concerne directement que l'intérêt privé des tiers, auxquels on oppose un acte sous seing privé sans date certaine.

De cette prémisse résultent deux conséquences; à savoir :

a. Que le tiers peut, en reconnaissant la sincérité de la date de l'acte sous seing privé, qu'on lui oppose, renoncer à se prévaloir de l'article 1328;

b. Qu'il doit être déclaré non-recevable à s'en prévaloir, lorsqu'il a commis lui-même, par une collusion dolosive avec son auteur, une fraude au préjudice de la partie qui lui oppose cet acte. (Art. 6, 1382.)

376. — *a*. Le tiers reconnaît la sincérité de la date de l'acte sous seing privé souscrit par celui duquel il tient son droit, et qu'il ne l'ignorait pas, au moment où son propre droit lui a été transmis.

Cet acte porte une date antérieure à la date de l'acte par lequel son propre droit a été créé ; et il avoue qu'il en connaissait l'existence au moment où il a traité avec l'une des parties contractantes qui y figurent, et que cet acte a été souscrit par son auteur, non pas *après*, mais *avant* l'acte, qui a été passé entre eux.

Qu'est-ce à dire?

Qu'il avoue qu'il n'est pas un tiers, dans les termes de l'article 1328.

Comment serait-il possible, après un tel aveu, dont l'autre partie peut demander acte, qu'il invoquât encore la règle édictée par cet article?

Remarquez bien, en effet, que nous ne supposons pas qu'il n'a connu l'existence de l'acte sous seing privé qu'*après* avoir traité lui-même avec l'auteur de cet acte. Dans ce cas, il est évident que le droit lui serait irrévocablement acquis, d'invoquer l'article 1328, et qu'il ne le perdrait pas en avouant qu'il a connu, depuis, l'existence de cet acte.

Nous supposons qu'il avoue l'avoir connue *avant* de traiter.

Il faut donc dire : *habemus reum confitentem* (art. 1354 et suiv.; comp. Bonnier, n° 705 ; Marinier, ch. II, n° 13.)

377. — Indépendamment même de tout aveu exprès, il se peut que la conduite, que le tiers a tenue, implique, de sa part, la reconnaissance de la sincérité de la date de l'acte sous seing privé qu'on lui oppose, et, par suite, sa renonciation à se prévaloir, contre cet acte, de la règle de l'article 1328.

Voici le locataire principal d'une maison, qui prétend expulser un sous-locataire.

Et, en effet, à comparer les dates des deux baux, il en aurait le droit.

Le bail principal est du 1er mars 1875;

Le sous-bail, il est vrai, est du 1er février précédent.

Mais la date du bail principal est certaine; tandis que la date du sous-bail ne l'est pas.

Écoutons toutefois la réponse du sous-locataire à la demande d'expulsion formée contre lui par le locataire principal.

Il répond, en lui montrant les quittances de loyers, qu'il lui a délivrées lui-même.

C'est donc qu'en recevant les loyers du sous-locataire, il a renoncé à se prévaloir contre lui de l'article 1328.

Assurément oui! (Comp. Cass., 19 mai 1857, Séguin, Dev., 1857, I, 513.)

578. — Il faut, d'ailleurs, bien entendu, que les faits d'exécution de ce genre soient personnels au tiers lui-même, pour qu'ils emportent, de sa part, une renonciation à se prévaloir de la règle de l'article 1328.

Et c'est avec raison, suivant nous, que la Cour suprême a cassé un arrêt de la cour d'Alger, qui avait considéré comme équivalant à la certitude de la date, envers l'acquéreur d'un immeuble, le fait de l'exécution, avant la vente, de travaux destinés à l'établissement d'une servitude, quoique la constitution de cette servitude ne fût constatée que par un acte sans date certaine. (Cass., 28 juillet 1858, Leparlier, Dev., 1858, I, 792; *supra*, n° 534.)

579. — *b.* En second lieu, le tiers doit être déclaré non recevable à se prévaloir de la règle de l'article 1328, lorsqu'il a commis, par une collusion dolosive avec son auteur, une fraude au préjudice de la partie qui lui oppose un acte sous seing privé sans date certaine. (*Supra*, n° 575.)

Nous disons un dol, une fraude; car telle est, en effet, à notre avis, la condition seulement sous laquelle la

preuve testimoniale et les présomptions pourraient être admises contre lui.

Il ne suffirait pas, en règle générale, pour qu'elles fussent admissibles, d'alléguer que le tiers a connu, plus ou moins exactement, la prétendue existence d'un droit antérieur et préférable au sien, que son auteur avait concédé à un autre.

Ce qu'il faut, pour enlever au tiers le bénéfice de la règle de l'article 1328, c'est l'affirmation, contre lui, d'un dol précis, d'une fraude caractérisée, parce qu'il ne s'agit plus alors d'une question de date; il s'agit d'une question de fraude; or, la fraude peut être prouvée par tous les moyens.

J'ai acheté la maison de Paul par un acte ayant date certaine du 1er mars 1875.

Et voici que Jules invoque, contre moi, un bail, qui lui a été consenti par mon vendeur le 1er janvier précédent.

Ce bail n'ayant pas date certaine, je lui oppose les articles 1328 et 1743.

Mais alors, Jules m'accuse de mauvaise foi et de fraude! il demande à prouver que j'ai connu l'existence de son bail, et que je l'ai vu moi-même en possession et jouissance de la maison, avant de l'acheter? (Comp. Duvergier, *de la Vente*, nos 208 et suiv.)

Cette preuve, dans les termes que nous supposons, et restant dans cette limite, ne devrait pas, à notre avis, être admise.

Vous étiez en possession et en jouissance.

Il est vrai.

Mais aviez-vous un bail?

Quelles étaient les clauses de ce bail? votre bailleur ne s'était-il pas réservé le droit de résiliation, en cas de vente?

Dans tous les cas, en me vendant, à moi, sa maison pour entrer de suite en jouissance, ne se proposait-il pas d'obtenir de vous cette résiliation?

Voilà ce que j'ai pu croire; et il serait excessif de prétendre que j'ai commis, envers vous, une fraude, en achetant dans de telles conditions!

Pas plus que tout à l'heure, l'acheteur d'un immeuble ne commettait une fraude, en se refusant à souffrir l'exercice d'une servitude constituée par un acte n'ayant pas date certaine avant la vente, quoiqu'il eût vu, avant la vente, des travaux extérieurs destinés à l'établissement de cette servitude. (*Supra*, n° 578.)

580. — Mais la connaissance, que le tiers aurait eue du droit constitué avant le sien, peut être telle et accompagnée de circonstances si aggravantes, qu'elle constitue véritablement, de sa part, une fraude caractérisée.

Cet acquéreur de l'immeuble, sur lequel le vendeur avait, avant la vente, constitué une servitude par acte sans date certaine, non-seulement il connaissait cet acte, au moment où il a acheté; bien plus, c'est lui qui a servi d'intermédiaire entre le propriétaire de l'immeuble et l'acquéreur de la servitude; c'est lui qui a rédigé l'acte sous seing privé qui la constitue!

Voilà ce que l'acquéreur de la servitude offre de prouver.

Et il ajoute que, pour obtenir du propriétaire de l'immeuble qu'il le lui vendît affranchi de la servitude, ce déloyal acheteur n'a pas seulement payé un prix plus élevé, mais qu'il s'est obligé, envers son vendeur, à l'indemniser des suites du recours en garantie de l'acquéreur de la servitude évincé!

La preuve d'une telle fraude sera-t-elle admissible?

Nous le croyons ainsi, et qu'elle pourra être fournie par témoins et par présomptions.

Il est vrai que la règle de l'article 1328 est absolue et n'admet pas ce genre de preuve pour établir l'antériorité de date entre deux actes.

Mais il ne s'agit pas, en réalité, d'établir l'antériorité de l'un des actes sur l'autre; l'acquéreur de la servitude ne demande pas à prouver que l'acte sous seing privé,

par lequel elle a été constituée, a une date certaine; il demande seulement à prouver qu'il a en face de lui un adversaire qui a commis une fraude à son préjudice; or, c'est là un autre ordre de faits et une autre question! une question, disons-nous, à résoudre d'après les principes généraux d'équité et de bonne foi, qui gouvernent tout le régime des conventions.

Il est vrai encore que, en matière de transcription d'actes d'aliénation ou de cession de créances, la connaissance, par un second acquéreur ou par un second cessionnaire, d'une première aliénation non transcrite, ou d'une première cession non signifiée, ne suffit pas pour le constituer en mauvaise foi et pour entacher de nullité l'aliénation ou la cession, qui lui a été consentie. (Comp. art. 1071 et 1690; loi du 23 mars 1855, art. 26.)

Mais c'est que la transcription des actes de mutation, de même que la signification des actes de cession, sont des formalités substantielles et des conditions solennelles de publicité, auxquelles l'acquisition des droits immobiliers ou des créances est légalement soumise, et qu'aucun équivalent dès lors ne remplace.

Tout autre est le caractère de la règle posée par l'article 1328!

Cette règle a seulement pour but de protéger les tiers contre le danger des antidates dans les actes sous seing privé.

Elle est donc faite seulement en faveur des tiers de bonne foi, afin de les protéger contre la fraude d'autrui.

Elle n'est pas faite en faveur de ceux qui commettent eux-mêmes des fraudes pour entreprendre de s'approprier un droit, qu'ils savent avoir été acquis déjà, à un autre, par un acte antérieur.

Comment! vous savez que Paul a déjà vendu cette chose à Pierre; et, vous achetez de Pierre cette même chose par une collusion dolosive avec votre vendeur.

Mais il n'y a pas de fraude qui mérite plus d'être ré-

primée que celle-là! (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 314; Agen, 12 mai 1830, Dev., 1833, II, 210; Marinier, ch. II, n° 13; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 39.)

581. — C'est un point de jurisprudence et de doctrine généralement admis que la disposition de l'article 1328 n'est pas, en principe, applicable aux actes sous seing privé qui contiennent des conventions ou des opérations commerciales.

D'où il suit que les juges ont le pouvoir de constater, même à l'égard des tiers, la sincérité de la date d'un acte sous seing privé, à l'aide des pièces, des faits et circonstances de la cause, et de présomptions non établies par la loi.

En effet, les modes de preuve les plus usuels dans les relations commerciales, les factures, les correspondances, la preuve testimoniale, résistent, en quelque sorte, par leur nature même, à la formalité de l'enregistrement qui ne serait nullement, sous le double rapport de la célérité et de l'économie, conforme aux nécessités du commerce! (Comp. art. 109, 139, 282, 283 du Code de comm.)

Aussi Casanova disait-il :

« *Scripturæ mercatorum præsumuntur confectæ tempore non suspecto, nisi arguantur de falso.* » (*Disc.* X, n° 51.)

Nous devons nous borner à énoncer cette exception, qui appartient à une matière en dehors de notre domaine. (Comp. Paris, 13 avril 1811, Sirey, 1812, II, 76; Cass., 4 févr. 1819, Sirey, 1819, I, 384; Bordeaux, 2 mai 1826, Sirey, 1826, II, 292; Colmar, 18 juill. 1826, Sirey, 1827, II, 115; Toulouse, 4 juin 1827, Sirey, 1828, II, 199; Cass., 28 janv. 1834, Dev., 1835, I, 206; Cass., 17 juill. 1837, Hédin, Dev., 1837, I, 1022; Cass., 7 mars 1849, Grall, Dev., 1849, I, 397; Cass., 14 déc. 1858, Pernet, Dev., 1860, I, 987; Toullier, t. VII, n° 244; Pardessus, *Cours de Droit commercial*, t. II, n° 246; Massé, *Droit*

commerc. dans ses rapports avec le droit civil, t. VI, nos 66 et suiv.; Bonnier, n° 702; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 408; Marinier, ch. II, n° 11; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 52.)

582. — Il nous suffit aussi de mentionner, n'ayant pas plus à traiter des matières administratives que des matières commerciales, l'exception que comporte la règle de l'article 1328, en ce qui concerne l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Voici l'État, ou la compagnie substituée à ses droits, qui, poursuivant une expropriation, se trouve en présence d'un locataire, dont le bail n'a pas date certaine.

Doit-il être considéré comme un acquéreur à titre particulier, auquel ne pourrait pas être opposé, d'après l'article 1743, ce bail qui a pu être, en effet, antidaté à son préjudice?

C'est ce que plusieurs arrêts avaient d'abord décidé; on peut consulter notamment, en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation du 2 février 1847 (le Préfet de la Seine, Dev., 1847, I, 280; comp. Paris, 16 mai 1854, Dev., 1854, II, 345; Paris, 20 juill. 1858, Dev., 1858, II, 559; Jousselin, sur Delalleau, t. I, p. 637; Dufour, *Droit administratif,* t. V, n° 467; Cotelle, *Cours de Droit administratif,* t. II, p. 354.)

Mais cette jurisprudence n'a pas duré; et il paraît, au contraire, maintenant reconnu qu'il n'est pas possible d'assimiler une expropriation pour cause d'utilité publique à une aliénation ordinaire.

Aux termes de l'article 31 de la loi du 3 mai 1841, le propriétaire, dans la huitaine de la notification du jugement d'expropriation, doit appeler et faire connaître à l'Administration ses fermiers ou locataires; et, à défaut par lui de le faire, il reste seul chargé envers eux des indemnités.

D'où résulte la conséquence que, s'il a fait cette décla-

ration, il demeure déchargé, et que c'est alors l'expropriant qui se trouve substitué à ses obligations.

Il faut ajouter :

D'une part, que le propriétaire, qui consent une vente volontaire, après avoir consenti un bail non enregistré, est passible d'un recours en indemnité envers le locataire expulsé; tandis qu'il ne saurait être passible d'aucun recours, lorsqu'il subit une expropriation pour cause d'utilité publique, qui est, pour lui comme pour le locataire, un cas de force majeure;

Et, d'autre part, quant au danger de la fraude, au moyen d'une antidate, qui est possible dans ce cas aussi sans doute, qu'il y est pourvu par la souveraine latitude qui est accordée au jury d'expropriation pour la fixation des indemnités. (Comp. Lyon, 7 août 1855, Dev., 1855, II, 637; Grenoble, 30 août 1856, Dev., 1858, II, 111; Cass., 17 avril 1861, Louvat, Dev., 1861, I, 497; Bonnier, n° 706; Paillard de Villeneuve, *Gazette des Tribunaux* du 10 mai 1854; Clamageran, *Revue pratique*, t. I, p. 80; Marinier, ch. I, n° 69; de Perronny et Delamarre, *Comm. des lois d'expropriation*, n° 525.)

583. — Jusqu'à présent, nous avons toujours supposé que, dans le conflit qui s'élève entre deux actes, qui concèdent, sur le même bien, à deux personnes différentes, des droits, dont l'existence simultanée est impossible, la date de l'un est certaine, tandis que la date de l'autre ne l'est pas.

Nous croyons que cette hypothèse est la seule, que le législateur ait eue en vue, dans la combinaison des articles 1322 et 1328, parce qu'elle est, en effet, la seule qui régulièrement se présente dans la pratique.

Il peut arriver pourtant que les deux actes aient acquis, l'un et l'autre, une date certaine au même moment, dans les termes de l'article 1328.

C'est là une hypothèse exceptionnelle, que le législateur, disons-nous, n'a pas prévue.

Et nous ajoutons : une de ces hypothèses, qui sont de véritables écueils pour la science, parce qu'on ne peut entreprendre d'en appliquer alors les principes qu'en les faussant, si ce n'est même en les brisant!

584. — Supposons donc que les deux actes sous seing privé ont acquis, en même temps, une date certaine, par l'une des circonstances, que l'article 1328 définit.

Paul a loué sa maison à Pierre le 1er février 1875;

Et il a vendu cette maison à Jules le 1er mars suivant.

Tel est, du moins, l'ordre apparent des deux dates dans les actes sous seing privé de bail et de vente.

Mais ni l'un ni l'autre de ces actes n'avait acquis une date certaine, lorsque Paul, le bailleur et le vendeur, décède le 1er avril.

C'est-à-dire que voilà nos deux actes qui acquièrent une date certaine, le même jour, au même moment!

Ceci est incontestable; et la Cour de cassation a cassé, suivant nous, avec grande raison, un arrêt de la Cour de Nîmes, qui, dans une espèce semblable, avait rendu une décision contraire. (11 janv. 1847, Lodie, Dev., 1847, I, 349.)

C'est aussi ce que la Cour de Douai a reconnu, dans un arrêt du 15 février 1865, auquel nous empruntons l'espèce, que nous venons de présenter. (Decourtray, Dev., 1865, II, 293.)

Néanmoins, cet arrêt décide que le locataire, en cas pareil, ne peut pas invoquer l'article 1743 contre l'acquéreur, et que celui-ci peut l'expulser.

Pourquoi?

C'est que, d'après les termes de cet article, comme aussi d'après le motif qui l'a dicté, le locataire ne peut forcer l'acquéreur à entretenir le bail qu'autant qu'il prouve que le bail a une date antérieure à la date de la vente; tel nous paraît être, en effet, dans le texte, le sens

de ces mots : .... *qui a un bail authentique ou dont la date est certaine...*;

Or, dans notre espèce, le locataire ne prouve pas l'antériorité du bail sur la vente.

Les deux actes ont la même date!

Soit.

Mais cela ne fait pas votre preuve; puisque la preuve que vous avez à faire, c'est que votre acte a une date antérieure.

C'est une exception, en effet, que cette disposition de l'article 1743 ; une exception aux anciens principes, qui n'ont pas cessé d'être vrais, d'après lesquels l'acheteur, successeur à titre singulier, n'est pas tenu des obligations personnelles du vendeur. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété*, etc. T. I, nos 492-494.)

Il faut, en conséquence, que le locataire ou le fermier, qui est demandeur à fin d'exécution du bail contre l'acquéreur, fournisse précisément la preuve qui est à sa charge, c'est-à-dire la preuve de la priorité de son titre. (Art. 1315.)

585. — Mais la difficulté va se compliquer, si nous mettons en présence deux droits de même nature et de force égale.

Paul a vendu une chose mobilière à Pierre le 1er février 1875;

Et il a vendu la même chose à Jules le 1er mars suivant.

Ou bien, ce qui est plus facilement supposable, Pierre a acheté cette chose de Paul, le propriétaire, et Jules l'a achetée de Joseph, son mandataire.

Ou encore, ce sont deux mandataires différents du même propriétaire, qui ont vendu, chacun de son côté, la même chose à deux acheteurs différents.

Et les deux actes de vente, dans tous les cas, acquièrent ensemble, au même moment, une date certaine, par la mort du propriétaire..

Lequel de ces deux acheteurs devra être préféré?

Celui qui, le premier, aura été mis en possession réelle!

Cela est incontestable; l'article 1141 lui accorde, en effet, cette préférence, encore *que son titre soit postérieur en date,* pourvu *que la possession soit de bonne foi.* (Comp. *supra,* n° 536.)

Mais aucun des deux acheteurs n'a été mis en possession réelle.

Quelle pourra être, entre eux, la raison de préférence?

Il est assez malaisé de l'apercevoir.

Aussi, M. Marinier pense-t-il que, dans la sphère des droits réels et des rapports respectifs des deux acquéreurs, *le problème est insoluble!* (Ch. I, n° 60.)

Nous croyons, pourtant, que la préférence devra appartenir à celui des deux qui, le premier, aura formé une demande en délivrance.

Prior tempore, potior jure!

Jura vigilantibus subveniunt!

Il n'a pas pu dépendre, en effet, du vendeur, par sa résistance ou son retard à consentir la délivrance à celui des deux acheteurs, qui le premier la lui a demandée, de mettre ainsi son droit en échec. Autrement, le sort des deux ventes serait à sa discrétion; et il aurait, lui-même, le choix entre les deux acquéreurs! cela ne doit pas être.

Mais il arrive que les deux acquéreurs forment, en même temps, la demande en délivrance; quelle sera l'issue d'une telle situation?

Il n'y aurait alors, croyons-nous, d'autre moyen de solution pour les juges, que de condamner en effet le vendeur, envers chacun de ces deux acquéreurs, à délivrer la chose vendue.

Et, après cela, de deux choses l'une :

Ou l'un d'eux, devançant l'autre dans l'exécution de la condamnation, obtiendra la délivrance de la chose; et il sera préféré à cause de sa possession : *In pari causa,*

melior est causa possedentis; sauf à l'autre acquéreur, une action en dommages-intérêts contre le vendeur.

Ou tous les deux se présentent en même temps, pour obtenir l'exécution de la condamnation et la délivrance de la chose; et alors, les deux droits réels s'annihilant, en quelque sorte, dans leur rencontre, il ne resterait à chacun des acquéreurs qu'une action personnelle en dommages-intérêts.

586. — Nous venons de supposer que les deux actes sous seing privé ont acquis une date certaine, non-seulement le même jour, mais à la même heure, par la mort du signataire commun.

Il se peut aussi que les deux actes aient acquis une date certaine, le même jour, mais à des heures différentes : l'un, par exemple, le matin; et l'autre, le soir.

C'est ce qui arriverait, si leur substance avait été constatée dans des actes authentiques, rédigés le même jour : l'un, à midi; l'autre, à quatre heures. (Comp. *supra,* n° 564.)

Devrait-on tenir compte de cette indication des heures, et déterminer, en conséquence, la priorité entre les deux acquéreurs de la même chose?

Nous le croyons ainsi; et ce serait même là, suivant nous, le moyen le plus sûr de sortir de cette *impasse juridique* (comme on a dit fort justement), dans laquelle la simultanéité absolue des deux dates pourrait nous enfermer.

Il est vrai que l'article 2147 dispose que tous les créanciers, inscrits le même jour, exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur.

Mais c'est là une disposition exceptionnelle, qui a été dictée par des motifs particuliers.

Le cas d'ailleurs n'est pas du tout le même.

On peut classer les inscriptions dans un ordre hiérarchique, en faisant à chacune d'elles sa place.

On ne peut pas, entre deux actes sous seing privé, dont l'un est radicalement exclusif de l'autre, établir un rang.

Il faut que l'un des deux périsse, en tout ou en partie.

Or, il est logique et équitable que celui-là périsse qui est venu le dernier, non-seulement dans l'ordre des jours, mais encore dans l'ordre des heures. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. II, n° 586.)

Bannelier, sur Davot, supposant que le CONTRÔLEUR a indiqué l'HEURE sur son registre, en contrôlant deux actes *le même jour*, s'exprimait toutefois ainsi :

« Le contrôleur, qui met l'heure sur son registre, peut faire équivoque à cet égard; et, comme il n'est pas d'usage d'y énoncer l'heure, cette énonciation d'un homme seul, qui excède son ministère, ne suffit plus pour faire foi contre les tiers. » (*Traité sur diverses matières du Droit français*, etc., t. IV, p. 65.)

587. — M. Larombière pense même que, dans le cas où la différence des heures ne serait pas constatée par les actes mêmes, la preuve pourrait en être fournie par témoins et par présomptions.

« Nous ne voyons pas pourquoi, dit le savant auteur, celui qui prétend que son acte est antérieur, ne serait pas admis à en établir l'antériorité, à l'aide de témoins ou de présomptions, puisqu'il se borne à en fixer, dans les termes de sa date, le moment véritable avec plus de précision. » (T. IV, art. 1328, n° 56.)

Cette proposition toutefois est, à notre avis, contestable.

Nous avons, en effet, reconnu que la preuve testimoniale et les présomptions ne sont pas admissibles pour donner une date certaine à un acte sous seing privé, en

dehors des trois faits, que l'article 1328 détermine. (*Supra*, n° 573.)

On objecte, il est vrai, qu'il s'agit ici uniquement, sans toucher à la certitude respective des dates, qui reste entière, de déterminer, dans le cercle d'heures où elles sont fixées, l'antériorité de l'une sur l'autre. (*Loc. supra cit.*, n° 43.)

Mais cette antériorité de l'une sur l'autre, c'est précisément la question de date! la question de sincérité et de certitude entre ces deux dates respectives!

588. — Au reste, la thèse, que nous venons d'exposer, ne peut naître que lorsqu'il s'agit d'une chose certaine et déterminée, sur laquelle les deux actes sous seing privé, émanés du même auteur, attribuent à deux personnes différentes des droits, qui s'excluent réciproquement.

Supposez, en effet, qu'il s'agit, au contraire, d'une somme d'argent ou d'une quantité quelconque.

Il est clair qu'il n'y a pas alors nécessairement exclusion absolue des divers ayants droit les uns par les autres; d'où il suit qu'ils viendront, en concurrence, contributoirement dans la proportion de leurs droits. (Comp. Bruxelles, 30 janv. 1808, Sirey, 1808, II, 253; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 56.)

589. — Si nous n'avons, jusqu'à présent, appliqué cette thèse qu'aux actes sous seing privé, c'est que les actes sous seing privé sont seuls, en ce moment, l'objet de notre étude.

Nous devons toutefois, en terminant, remarquer que cette même thèse peut s'élever aussi, en ce qui concerne les actes authentiques.

Paul a vendu le même jour, par deux actes authentiques, le même immeuble à Pierre et à Jules.

Ou bien, par l'un de ces actes authentiques du même jour, il a vendu l'immeuble à Pierre; et, par l'autre, il a constitué, sur cet immeuble, une servitude au profit de Jules.

On peut supposer aussi, et avec plus de vraisemblance, que, de ces deux actes passés le même jour, l'un a été consenti par Paul, le propriétaire, et l'autre par Joseph, son mandataire.

Les deux actes ont été aussi présentés à la transcription le même jour.

Voilà bien, entre les dates des deux actes authentiques, le même conflit qu'entre nos deux actes sous seing privé.

Comment le résoudre?

La solution doit être la même que celle que nous avons appliquée à la simultanéité des dates dans les deux actes sous seing privé; car la question résulte, dans les deux cas, de cette simultanéité même des dates; et le caractère des actes, qu'ils soient privés ou publics, ne saurait, sous ce rapport, en changer les termes.

Nous déciderons donc aussi d'abord, que la préférence devra appartenir à celui des deux acquéreurs, qui aura le premier obtenu la délivrance de l'immeuble ou du droit immobilier, que son acte lui attribue.

En effet, le possesseur, lui! n'a rien à prouver; il est défendeur; et il doit conserver sa position, tant que le demandeur qui prétend l'en débusquer, n'a pas fait, contre lui, sa preuve.

Or, quelle est la preuve que doit faire ici le demandeur? il doit prouver que l'acte authentique, qu'il invoque, a une date antérieure à la date de l'acte authentique du possesseur, qu'il veut évincer.

Et cette preuve, il ne la fait pas, puisque l'acte, qu'il invoque, a seulement la même date que l'acte du possesseur.

Donc, sa demande doit être rejetée.

Le défendeur alors triomphe, comme il arrive souvent, moins par son propre droit, que par le défaut de droit du demandeur.... *vincit per non jus actoris.... etsi nihil ipse præstet....* (*Supra*, n° 207.)

Que si ni l'un ni l'autre n'a obtenu la délivrance effective, la préférence devrait appartenir à celui qui le premier en aurait formé la demande; ou à défaut de demande en délivrance, à celui qui le premier aurait formé une demande de séquestre. (Art. 1961.)

Mais après? et à défaut de ces divers moyens de solution?

« Il faudrait bien, dit Troplong, résoudre la difficulté par les faits, les indices et les circonstances de la cause, examinée avec moins de rigueur qu'au n° 192. Dans le cas examiné sous ce numéro, on avait la ressource subsidiaire indiquée au n° 193, l'application de la règle : *prior tempore, potior jure.* Mais, puisqu'on en est privé dans le cas actuel, force est de presser davantage les circonstances et d'en tirer la conclusion la plus vraisemblable. » (Comm. de la loi du 23 mars 1865, sur *la Transcription*, n° 194.)

Ce dernier moyen peut paraître un peu vague; et M. Marinier, en effet, n'y a voulu voir *qu'une solution évasive.* (Ch. II, n° 61.)

C'est que, en effet, au point où nous en sommes, les deux actes, avec leurs dates parfaitement égales, semblent bien se tenir réciproquement en échec!

Ce qu'il faut dire, c'est que les juges alors devront, conformément aux conclusions des demandeurs, condamner également le défendeur, envers chacun d'eux, à l'exécution du contrat, sauf à l'un d'eux à devancer l'autre par une demande en délivrance, et sauf aussi, à tous les deux, une action personnelle en dommages-intérêts. (Comp. *supra*, n° 586.)

§ IV.

DES ÉCRITURES PRIVÉES, QUI N'ONT PAS LE CARACTÈRE DE TITRES OU D'ACTES.

SOMMAIRE.

590. — Exposition.
591. — Suite.
592. — Division.
593. — I. — Des livres de commerce. — Appréciation du caractère spécial de cette écriture privée.
594. — Pour déterminer la force probante des livres de commerce, il faut distinguer deux hypothèses : celle où le différend s'agite entre deux commerçants, et celle où le différend s'agite entre un commerçant et un non-commerçant.
595. — A. — Du cas où le différend s'agite entre deux commerçants. — Les livres, dans ce cas, peuvent faire preuve. — Mais trois conditions sont requises à cet effet :
596. — 1° Il faut que le différend s'agite entre commerçants.
597. — 2° Il faut qu'il s'agisse de faits de commerce.
598. — 3° Il faut que les livres soient régulièrement tenus.
599. — Suite.
600. — Le juge apprécie souverainement le degré de preuve, qu'il y a lieu, suivant les cas, d'attribuer aux livres de commerce. — C'est aussi, une faculté seulement par lui, d'en ordonner la représentation.
601. — Suite.
602. — La preuve, qui résulte des livres de commerce, même tenus régulièrement, peut toujours être combattue par la preuve contraire.
603. — B. Du cas où le différend s'agite entre un commerçant et un non-commerçant. — Les livres des marchands font-ils foi, dans ce cas, soit pour eux, soit contre eux?
604. — 1° Les livres des marchands ne font pas preuve, pour eux, contre les particuliers non marchands. — Explication.
605. — Suite.
606. — Suite. — Que signifient, dans l'article 1329, ces mots : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment?*
607. — Suite.
608. — Suite.
609. — Les livres de commerce, régulièrement tenus, constituent-ils un commencement de preuve par écrit, au profit du marchand, de manière à rendre admissibles la preuve testimoniale et les présomptions?
610. — Suite.
611. — Deux conditions sont nécessaires pour que le serment supplétoire puisse être déféré par le juge dans les termes de l'article 1329. — 1° Il faut que les livres du marchand soient régulièrement tenus.

612. — 2° Il faut qu'il s'agisse de fournitures, que le marchand allègue avoir été faites par lui au particulier non marchand.
613. — II. — Les livres des marchands font preuve contre eux au profit des particuliers non marchands. — Dans quelle mesure?
614. — Suite.
615. — Suite.
616. — De quels faits, de quelles causes d'obligations, les livres de commerce font-ils preuve, contre les marchands, pour les particuliers non marchands?
617. — L'article 1330 ajoute que celui, qui veut tirer avantage des livres d'un marchand, ne peut les diviser, en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. — Explication. — Renvoi.
618. — II. — Des registres et papiers domestiques. — Exposition.
619. — Que faut-il entendre par ces mots : *registres et papiers domestiques?*
620. — Suite.
621. — Suite. — Renvoi.
622. — Transition. — Division.
623. — *a.* — Les registres et papiers domestiques font-ils foi pour celui qui les a écrits?
624. — Suite.
625. — Suite.
626. — *b.* — Les registres et papiers domestiques font-ils foi contre celui qui les a écrits?
627. — Suite.
628. — Suite.
629. — Suite.
630. — Suite.
631. — Suite.
932. — Suite.
633. — Suite. — Du cas où la mention, qui était inscrite sur les registres domestiques, se trouve biffée ou raturée.
634. — Suite.
635. — Suite.
636. — La représentation en justice des registres et papiers domestiques peut-elle être ordonnée, soit sur la demande des parties intéressées, soit d'office par les magistrats?
637. — Suite.
638. — Suite. — Des mentions écrites sur des feuilles volantes.
639. — Suite.
640. — Suite.
641. — III. — De l'écriture mise par le créancier à la suite, en marge, ou au dos d'un titre. — Exposition.
642. — Division.
643. — A. — Du cas où l'écriture mise par le créancier sur le titre tend à la libération.
644. — I. — Où l'écriture est portée sur un titre, qui, par sa nature, appartient au créancier et doit se trouver en sa possession. — Explication.
645. — Suite.

646. — Suite.
647. — Suite.
648. — Suite.
649. — Suite.
650. — Suite.
651. — Suite.
652. — II. — Où l'écriture est portée sur un titre, qui, par sa nature, appartient au débiteur et doit se trouver en sa possession. — Exposition.
653. — Suite.
654. — Suite.
655. — Suite.
656. — Suite.
657. — Suite.
658. — Suite.
659. — Suite.
660. — B. — Du cas où l'écriture mise sur le titre tend à créer une nouvelle obligation.
661. — Suite.
662. — Suite.
663. — IV. — Des lettres missives. — Exposition.
664. — Suite.

590. — Des développements qui précèdent, il résulte que deux conditions sont, en général, nécessaires pour qu'une écriture privée constitue un titre ou un acte proprement dit.

Il faut :

1° Qu'elle soit signée de la partie, contre laquelle elle est destinée à faire preuve : — du débiteur, s'il s'agit d'une obligation ; — du créancier, s'il s'agit d'une libération ;

2° Qu'elle soit remise en la possession de la partie, au profit de laquelle elle est destinée à faire : du débiteur ou du créancier, suivant les cas. (Comp. art. 1282-1283.)

Telle est la règle.

591. — Par exception toutefois, le législateur attache une force probante, plus ou moins grande, à certaines écritures privées, dans lesquelles l'une ou l'autre de ces conditions, et parfois même ces deux conditions à la fois, font défaut.

La nature de l'écriture privée, qui est produite; — le caractère du fait, qui est à prouver; — la qualité des personnes entre lesquelles la preuve doit être faite; — telles sont les circonstances principales, sur lesquelles sont fondées les exceptions, que nous avons maintenant à examiner.

592. — Elles sont relatives :

I. Aux livres des marchands;

II. Aux registres et papiers domestiques;

III. Aux mentions mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte.

Ces trois sortes d'écritures privées font l'objet de dispositions de notre Code.

IV. Nous aurons à rechercher si d'autres écritures privées, et notamment si les lettres missives, ne sont pas, en outre, susceptibles d'être produites, comme moyens de preuve, en justice.

593. — I. Les livres de commerce sont assurément une écriture privée. «.... *cum omnino privati videantur* » disait Boiceau. (Part. II, chap. VIII, n° 5.)

Mais cette écriture est d'une nature spéciale.

C'est la loi elle-même, en effet, qui impose aux commerçants l'obligation de tenir des livres; et qui, bien entendu, leur impose, en même temps, l'obligation de les tenir avec exactitude et fidélité. Il y a donc là, de leur part, non pas une simple faculté privée, mais un devoir, on pourrait dire, public! (Art. 8 et 9, *Cod. de comm.*)

La loi d'ailleurs fait plus :

D'une part, elle soumet la tenue de ces livres à des formalités, dont le but est de prévenir les mentions mensongères et les intercalations faites, après coup, pour le besoin de la cause, et qui rendent, en effet, les fausses mentions et les intercalations difficiles; c'est ainsi qu'ils doivent être tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge, et qu'ils doivent, à

l'instar presque des actes publics, être cotés, paraphés et visés par un juge du Tribunal de commerce ou par le maire. (Art. 10 et 11.)

D'autre part, elle garantit l'accomplissement de cette obligation par des sanctions rigoureuses. C'est ainsi que le failli, qui n'a pas tenu de livres, ou qui n'a tenu que des livres irréguliers, même sans fraude, peut être déclaré banqueroutier simple, et frappé de peines correctionnelles. (Art. 586, 6°, *Cod. de comm.*) — Quant aux écritures frauduleuses, qui tendraient soit à dissimuler l'actif, soit à simuler un passif, elles entraînent la banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire les travaux forcés à temps. (Art. 591, *Cod. de comm.*; art. 402, *Cod. pénal.*) — Et, enfin le faux en écriture de commerce ou de banque est puni de la même peine que le faux en écriture authentique et publique, des travaux forcés à temps. (Art. 147, *Cod. pénal.*)

Il y a donc, dans cet ensemble de mesures, une garantie sérieuse, qui permet d'accorder aux livres des marchands un certain degré de confiance, et de les admettre en justice comme un moyen de preuve.

594. — Mais quelle est la force de cette preuve?

Une distinction doit être faite entre deux hypothèses très-distinctes :

A. Ou le différend s'agite entre deux commerçants ;

B. Ou il s'agite entre un commerçant et un particulier non commerçant, un *bourgeois,* comme disait Pothier (n° 756).

Ces deux hypothèses sont, disons-nous, très-distinctes ; et le degré de force probante, qui appartient aux livres de commerce, n'est pas, à beaucoup près, le même dans l'une et dans l'autre.

Le Code de commerce règle exclusivement la première ;

Et le Code Napoléon règle exclusivement la seconde.

Il est certain, en effet, que le Code de commerce s'oc-

cupe uniquement de la force probante des livres entre deux commerçants, sans mettre une seule fois en scène un commerçant et un non-commerçant.

Tandis que le Code Napoléon s'occupe uniquement de la force probante des livres entre un commerçant et un non-commerçant, sans mettre une seule fois en scène deux commerçants.

Nous ferons de même; et si nous croyons devoir d'abord mentionner la première hypothèse, c'est qu'elle doit fournir, par le contraste, un moyen plus sûr de bien résoudre la seconde.

595. — *A.* L'article 12 du Code de commerce est ainsi conçu :

« Les livres de commerce, régulièrement tenus, peu-
« vent être admis par le juge, pour faire preuve, entre
« commerçants, pour faits de commerce. »

Ainsi, c'est une preuve complète, que les livres de commerce peuvent fournir dans cette hypothèse : .... *peuvent faire preuve,* dit notre texte;

A ce point que la Cour de cassation a décidé que « ce principe, inhérent aux opérations commerciales, doit recevoir son application, même dans le cas où il existe des présomptions légales contraires, pourvu qu'elles ne soient pas, de leur essence, péremptoires et absolues, comme le seraient notamment la prescription et l'autorité de la chose jugée. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une remise de dette invoquée comme résultant de la restitution du titre par le créancier au débiteur. (18 août 1852, Morel, Dev., 1852, I, 211 ; comp. le t. V de ce *Traité,* n° 425.)

Il y a certainement là une dérogation notable au principe que nul ne peut se créer un titre à soi-même.

Mais les nécessités commerciales, qui exigeaient cette dérogation, l'expliquent et la justifient.

Trois conditions y sont requises par l'article 12 ; à savoir :

1° Que le débat s'agite entre commerçants;

2° Qu'il s'agite, entre commerçants, pour faits de commerce ;

3° Que les livres soient régulièrement tenus.

596. — 1° Il faut d'abord que le différend s'agite entre commerçants, c'est-à-dire entre deux personnes qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle. (Art. 1 du Code de commerce.)

C'est que, en effet, aux garanties générales, que les livres de commerce présentent, s'ajoute alors cette autre garantie très-importante, que les deux parties ayant, chacune de son côté, des livres, il en résulte que les livres de l'une sont contrôlés et contrebalancés par les livres de l'autre. Dans ce cas, a fort bien dit Taulier, les armes sont égales. (T. IV, p. 490.)

Il était bien impossible, d'ailleurs, de soumettre les commerçants, dans leurs rapports réciproques, aux formes rigoureuses, que la loi exige dans les affaires civiles, et de les renfermer dans le cercle étroit des preuves, qui y sont seules admises. Le mouvement et la rapidité nécessaires des opérations commerciales commandaient d'y admettre des formes plus promptes et des moyens de preuve plus simples et plus faciles. (Art. 109 Cod. de comm.)

597. — 2° Il faut, en second lieu, qu'il s'agisse *de faits de commerce*.

La raison essentielle de l'exception l'exige ainsi.

Mais faut-il que l'opération soit commerciale de part et d'autre?

Les livres d'un marchand de vins portent qu'il a vendu, tel jour, pour tel prix, une pièce de vin à un banquier, pour l'usage de sa maison.

Cette mention pourra-t-elle faire preuve contre le banquier?

Toullier enseigne l'affirmative (t. II, n° 386); et tel était aussi, d'abord, le sentiment de M. Bonnier, qui

s'en est toutefois départi, pour revenir à la doctrine contraire (n° 774).

Cette doctrine est en effet, suivant nous, la seule conforme au texte de la loi et aux motifs sur lesquels il est fondé :

1° Il nous semble évident que ces mots de l'article 12 : *entre commerçants, pour faits de commerce,* ne peuvent s'entendre que des opérations du commerce respectif des deux parties, et dans lesquelles les deux parties, en conséquence, ont agi *comme commerçants;* or, si l'opération, commerciale à l'égard de l'une d'elles seulement, est civile à l'égard de l'autre, on ne peut pas dire, dans le vrai sens de la loi, qu'elle a eu lieu *entre commerçants.*

2° Le commerçant, qui achète pour ses besoins personnels, n'est pas d'ailleurs tenu de porter cet achat dans un article spécial, sur ses livres; il suffit qu'il en fasse mention, sur son livre-journal, en tant qu'il s'agit d'un article de dépense (art. 8); tandis que le marchand de vins a dû relater en détail les clauses de la vente; et en conséquence, le commerçant qui n'a pas fait un acte de commerce ne pourrait pas opposer son livre à son adversaire; la situation serait donc inégale.

3° Ajoutons que l'opération étant civile de la part du banquier, il ne pourrait pas, à raison de cette opération, être traduit devant le Tribunal de commerce; or, il nous paraît tout à fait logique d'appliquer au mode de preuve le même principe qu'à la compétence.

Il faut donc conclure que les livres de commerce du marchand de vins, dans notre espèce, ne pourraient pas faire preuve contre le banquier, conformément à l'article 12 du Code de commerce;

Sauf aux juges à déférer le serment supplétif, conformément à l'article 1330 du Code Napoléon. (Comp. *infra*, n° 606; Orléans, 9 mars 1852, D. 1852, II, 219; Pardessus, *Cours de Droit comm.*, t. I, n° 258; Zachariæ, Aubry

et Rau, t. VI, p. 410; Larombière, t. IV, art. 1329, n° 7; Boistel, *Précis du Cours de Droit comm.*, t. I, p. 81.)

598. — 3° Enfin l'article 12 du Code de commerce exige que les livres soient régulièrement tenus.

C'est que, en effet, la régularité de leur tenue est la meilleure garantie de l'exactitude et de la sincérité des mentions qu'ils contiennent.

Si les livres des deux commerçants sont régulièrement tenus de part et d'autre, de deux choses l'une :

Ou leurs écritures sont conformes; et alors la preuve est complète; il faudrait des circonstances extraordinaires, pour que les juges ne la considérassent point comme telle;

Ou leurs écritures ne sont pas d'accord; et alors, comme elles se balancent et se neutralisent respectivement, il est nécessaire de recourir à d'autres moyens de preuve.

N'y a-t-il que l'un des commerçants qui ait tenu des livres réguliers, il est clair que celui-là fait sa preuve contre l'autre, aux termes de l'article 12; et le juge peut, en conséquence, tenir pour constants les faits qui y sont énoncés. (Comp. *supra*, n° 600.)

599. — En effet, aux termes de l'article 13 du Code de commerce :

« Les livres que les individus faisant le commerce sont « obligés de tenir, et pour lesquels ils n'ont pas observé « les formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être re- « présentés ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les « auront tenus; sans préjudice de ce qui sera réglé au « titre *des Faillites et Banqueroutes.* »

Ce n'est pas, toutefois, que les juges ne puissent tenir quelque compte des livres même irréguliers.

Il leur appartient, au contraire, d'y avoir tel égard que de raison, lorsqu'il existe d'autres éléments de preuve comme ceux qui résulteraient, soit de titres, soit de la correspondance des parties, pour les contrôler et les cor-

roborer, surtout lorsque l'adversaire de celui qui n'a que des livres irréguliers, n'en a aussi que d'irréguliers, ou même n'en a tenu aucun. (Comp. les art. 109, Cod. de comm., et 1353, Cod. Napol.; Cass., 7 mars 1837, Lachelin, Dev. 1837, I, 940; Cass., 26 juill. 1869, Grézis, Dev. 1870, I, 16; Alauzet, *Comm. du Code de comm.*, t. I, n° 109.)

600. — Les dispositions qui précèdent, témoignent que la maxime : *Nemo tenetur edere contra se*, n'est pas, dans dans toute son étendue, applicable aux livres de commerce, puisque la loi en a fait un mode de preuve commerciale, soit contre les commerçants, soit pour eux.

Il importe assurément de ménager leur crédit, et de ne pas livrer au public le secret de leurs affaires et de leur situation : *ne videantur eorum secreta*, disait Casaregis (Dist. 30, n° 79); et c'est, en effet, dans ce but que l'article 14 du Code de commerce détermine limitativement les cas, dans lesquels *la communication* des livres et inventaires peut être ordonnée. (Comp. Caen, 28 avril 1874, Gatelon, Dev. 1874, II, 275.)

Mais il faut aussi, bien entendu, que ce mode de preuve puisse fonctionner.

Et, à cet effet, l'article 15 du Code de commerce dispose que :

« Dans le cours d'une contestation, *la représentation* des livres *peut* être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'examiner ce qui concerne le différend. »

Et l'article 17 ajoute :

« Si la partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge *peut* déférer le serment à l'autre partie. »

Il importe de remarquer la formule, toujours facultative, de ces textes. (Comp., art. 12, 15, 17.)

C'est seulement une faculté, pour le juge, d'ordonner la représentation des livres de l'un, lors même qu'elle est formellement requise par l'autre, soit comme deman-

deur, soit comme défendeur. (Comp. Cass., 20 août 1818, Sirey, 1819, I, 236; Cass., 4 févr. 1828, Sirey, 1828, I, 99; Cass., 13 août 1833, Dev., 1833, I, 614.)

De même, malgré le dissentiment de Toullier (t. VII, n° 383), c'est seulement aussi pour lui une faculté de déférer le serment supplétif à la partie qui offre d'ajouter foi aux livres de son adversaire, lorsque celui-ci refuse de les représenter. (Comp. Cass., 18 janv. 1832, Dev., 1832, I, 74; Cass.; 10 déc. 1862, Duclos, Dev. 1863, I, 126; Cass., 25 mars 1873, Guibé, Dev. 1875, I, 156).

601. — C'est que l'équité et la simplicité sont l'âme de la juridiction commerciale.

Et de même que nous avons vu qu'il n'était pas possible d'enfermer les commerçants, pour leurs relations réciproques, dans le cercle étroit des formes que la loi civile impose aux différents actes, qu'elle reconnaît (*supra*, n° **596**) ;

De même, il était impossible d'enfermer les juges consulaires dans le cercle étroit des preuves, que la loi civile admet.

Aussi, la loi commerciale leur laisse-t-elle, au contraire, une grande latitude (art. 109).

«.... *La seule vérité du fait regardée....* » disait Guy-Coquille. (Coutume de Nivernais, chap. XXIX, art. 1.)

Et voilà comment, pour en citer un exemple relatif aux livres de commerce, dont nous nous occupons, les juges ont la faculté d'ordonner la représention des livres auxiliaires, dont l'article 8 du Code de commerce fait d'ailleurs mention, aussi bien que des autres livres. (Comp. Cass. 4 mai 1873, chemin de fer de l'Ouest, Dev. 1873, I, 360; Larombière, t. IV, art. 1329, n° 5).

602. — Ajoutons que la preuve qui résulte des livres de commerce, même tenus régulièrement, peut toujours être combattue par la preuve contraire, soit au moyen d'actes ou de titres, qui seraient produits, soit au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions.

Car ces livres n'ont pas le caractère d'un acte ou d'un titre, contre le contenu duquel la preuve par témoins ne pourrait pas être admise, aux termes de l'article 1341. (Comp. art. 12 et 109 du Code de com.)

Paul invoque, contre Pierre, son livre-journal, qui renferme une énonciation d'où il résulte que Pierre est son débiteur d'une somme de 10 000 fr.

Celui-ci peut-il être admis à prouver que cette énonciation est le résultat d'une erreur, ou qu'après avoir été exacte d'abord, elle a cessé de l'être ensuite?

Assurément oui! (Comp. Cass. 13 août 1833, Dev. 1833-I-614; Cass. 30 mars 1869, Saunier, Dev. 1869, I, 244; Pardessus, *Cours de Droit com.*, t. I, n° 260; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 410; Bonnier, n° 773; Larombière, t. IV, art. 1329, n° 9; Boistel, *Précis du Cours de Droit com.*, t. I, page 82.)

603. — B. Rentrons maintenant dans nos limites; et supposons que le différend s'agite entre un commerçant et un non-commerçant, c'est-à-dire un individu qui ne fait pas des actes de commerce sa profession habituelle. (*Supra*, n° 594.)

Les livres des marchands font-ils preuve dans ce cas :

1° Soit pour eux?

2° Soit contre eux?

C'est à cette double question, que répondent les articles 1329 et 1330.

604. — I. Aux termes de l'article 1329 :

« Les registres des marchands ne font point, contre « les personnes non marchandes, preuve des fourni- « tures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard « du serment. »

Pour eux donc, leurs livres ne font pas preuve contre les particuliers non-marchands.

Le principe du Droit commun reprend alors son empire : nul ne peut se faire un titre à soi-même.

Pourtant, l'obligation, qui est imposée aux mar-

chands de tenir des livres, existe, de leur part, envers les particuliers non-marchands, aussi bien qu'envers les autres marchands!

Cette objection avait, en effet, suscité beaucoup de dissidences entre nos anciens auteurs. (Comp. Danty, Part. II, chap. VIII, nos 15 et suiv.)

Les uns accordaient aux livres des marchands la même force probante contre les bourgeois que contre les marchands.

D'autres enseignaient qu'il y fallait voir seulement une demi-preuve, qui pouvait rendre admissible la preuve testimoniale, du moins lorsqu'il s'agissait des livres tenus par des marchands inscrits dans une corporation régulière. (Comp. Boiceau, sur Danty, *loc. supra cit.*, nos 7-8; Pothier, n° 755.)

Il y en avait enfin, d'après lesquels les livres des marchands ne constituaient, envers les personnes non marchandes, ni une preuve, ni une demi-preuve, *non plenam probationem nec omnino semi-plenam*, mais seulement une sorte de présomption, *aliquam præsumptionem*, qui pouvait autoriser le juge à déférer le serment supplétoire.

Telle était notamment la doctrine de Dumoulin (sur la loi 3, au Code *De rebus creditis*).

Et tel paraît avoir été aussi le dernier état de la jurisprudence ancienne.

L'annotateur anonyme de Danty, après avoir reproduit le sentiment contraire de Pothier, s'exprimait, en effet, ainsi :

« Cet auteur donne peut-être un peu trop de faveur aux livres des marchands; et il semble que la jurisprudence du Châtelet n'y est pas conforme. Denizart, qui parle ordinairement d'après cette jurisprudence, dit qu'ils ne forment aucun titre contre des bourgeois non-négociants, qui sont crus à leur affirmation contre les livres des marchands. » (*Loc. supra, cit.*)

Nous avons pensé qu'il n'était pas sans intérêt de retracer rapidement ces traditions; car c'est précisément ce dernier état de notre ancienne jurisprudence, que le législateur nouveau a consacré.

Et très-justement, sans doute!

Que les livres des marchands fassent preuve, même pour eux, contre les autres marchands, cela n'a rien d'excessif; il existe alors, de part et d'autre, des livres, qui peuvent être confrontés, et dont la comparaison devient, pour les deux parties, une égale garantie.

Mais cette garantie manquerait au non-commerçant contre le commerçant; car il ne tient pas de livres, lui! et la situation des parties serait tout à fait inégale.

605. — Cette explication prouve assez qu'il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où le différend, qui s'élève, porte sur une convention civile à l'égard de la partie non commerçante, et le cas où il porte sur une convention, qui constituerait, également, pour chacune des parties, un acte de commerce :

1° En effet, le principe que nul ne peut se faire un titre à soi-même, et que l'article 1329 consacre, est indépendant de la nature du fait, qui est à prouver.

2° L'individu, non commerçant, lors même qu'il fait accidentellement un acte de commerce, ne devient pas, pour cela, commerçant; et il n'a pas plus, pour cet acte commercial que pour ses actes civils, des livres, qu'il puisse opposer à sa partie adverse, commerçante. (Comp. Pardessus, *Cours de Droit comm.*, t. II, p. 257; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 408-409; Larombière, t. IV, art. 1329, n° 6.)

606. — Telle est la disposition principale de notre article 1329.

Mais cet article ajoute :

«.... Sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. »

Cette formule, assez peu précise, a fait naître une question :

De quel serment s'agit-il : du serment décisoire ou du serment supplétoire ?

La réponse toutefois ne saurait être, à notre avis, douteuse, d'après l'historique que nous venons de présenter (*Supra*, art. 604).

Il s'agit, évidemment, du serment supplétoire, que le juge est autorisé à déférer, conformément à l'article 1366 :

1° Tel était, avons-nous dit, le dernier état de l'ancienne jurisprudence.

Or, il résulte des travaux préparatoires que les rédacteurs du Code Napoléon ont entendu le maintenir. (Comp. l'*Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, et le *Rapport au Tribunat*, par M. Jaubert, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, pages 399 et 517.)

2° On doit d'ailleurs entendre un texte de loi, aussi bien qu'une clause de convention, dans le sens avec lequel il peut avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel il n'en pourrait avoir aucun. (Art. 1157.)

Or, la disposition finale de l'article 1329, entendue dans le sens du serment décisoire, n'aurait aucun effet, puisque le serment décisoire peut être déféré, sur quelqu'espèce de contestation que ce soit, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. (Art. 1358, 1360.)

Donc, il ne peut être question, dans l'article 1329, que du serment supplétoire, lequel, au contraire, ne peut être déféré par le juge que sous la double condition que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée, et qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuve.

Ce qui fait de suite apparaître le rapport qui, dans la pensée du législateur, rattache directement la disposition de l'article 1329 à la disposition de l'article 1367 ; rapport très-logique, d'où il suit que l'un n'est que la conséquence et l'application de l'autre.

Tandis qu'aucune espèce de rapport ne pourrait ratta-

cher la disposition de l'article 1329 à la disposition de l'article 1358 sur le serment décisoire, puisque l'existence ou l'inexistence des livres de commerce serait alors absolument indifférente! (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 2, art. 2, n° 5; Toullier, tome VII, n° 68; Duranton, t. XIII, n° 196; Pardessus, *Cours de Droit comm.*, t. I, n° 257; Bonnier, n° 779; Colmet de Santerre, t. V, n° 293 *bis*, IV; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 409; Larombière, t. IV, art. 1329, n° 12.)

607. — C'est d'ailleurs seulement, dans ce cas particulier comme dans tous les autres, une faculté pour le juge de déférer le serment supplétoire. (Art. 1366.)

Et lors même que les livres du commerçant contre le non-commerçant seraient régulièrement tenus, il n'en résulte pas que le serment supplétoire doive être nécessairement déféré.

Il appartient au juge d'apprécier toutes les circonstances de l'espèce : la moralité, les habitudes du demandeur, et celles du défendeur; l'importance, la modicité ou l'exagération des fournitures portées au livre, eu égard à la position et à la fortune du défendeur, surtout si les parties étaient dans l'usage, l'une de vendre, l'autre d'acheter au comptant ou à crédit; « si la demande est donnée dans l'année de la fourniture, » disait Pothier (n° 754, comp. art. 2272);

Avec le pouvoir discrétionnaire, soit de rejeter immédiatement les prétentions du demandeur comme n'étant pas justifiées, soit de déférer le serment supplétoire.

608. — De déférer, disons-nous, le serment supplétoire.

A qui? à laquelle des deux parties?

D'après M. Bonnier, les meilleurs auteurs ont toujours reconnu que c'est au défendeur (à la partie non marchande) que le serment doit être déféré de préférence. « Ce n'est, dit-il, que dans des cas extrêmement favorables qu'il est permis de le déférer au demandeur. » (N° 780.)

Et nous venons de voir que telle paraît avoir été, en effet, d'après Denizart, la pratique du Châtelet. (*Supra*, n° 604.)

Pourtant, Pothier enseigne, d'après Boiceau, que, lorsque les circonstances rendent vraisemblable la vérité des fournitures inscrites dans le livre, *on doit s'en rapporter à la parole du marchand* (n°s 755-756).

Tel est aussi, sous notre Code, le sentiment de M. Larombière, qui écrit que l'article 1329 attribue au juge la faculté *de déférer à la partie, qui représente ses livres de commerce, le serment supplétif*, pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation. (T. IV, art. 1329, n° 12.)

Et M. Boistel ajoute que : « *en pratique, c'est toujours au commerçant que le juge le défère.* » (T. I, p. 80.)

Ce qui nous paraît certain, en droit, c'est qu'il appartient au juge de le déférer à l'une ou à l'autre des parties, suivant les circonstances.

C'est-à-dire que cette question doit être résolue de la même manière que celle qui précède, en laissant au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, en fait, lequel des deux, du marchand ou du non-marchand, lui paraît mériter le plus de confiance. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 409 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 293 *bis*, IV.)

609. — Mais voici, au contraire, une question de droit :

Les livres de commerce, régulièrement tenus, constituent-ils un commencement de preuve par écrit au profit du marchand, de manière à rendre admissibles la preuve testimoniale et les présomptions, dans les cas où ces sortes de preuve, en raison de la valeur de la chose demandée, ne seraient pas autrement admissibles ? (Art. 1341, 1347, 1353.)

La solution affirmative a été soutenue par des auteurs considérables :

1° Telle était, dit-on, l'ancienne doctrine, d'après le témoignage de Pothier. (N° 755.)

2° On ajoute que cette doctrine est, en effet, logique.

Pourquoi le législateur autorise-t-il le juge à déférer le serment supplétoire, lorsque le marchand produit des livres tenus régulièrement?

C'est parce qu'il considère que ces livres rendent vraisemblable le fait de fournitures par lui allégué.

Or, c'est là ce qui caractérise le commencement de preuve par écrit. (Art. 1347.)

Donc, l'admission expresse du serment supplétoire implique l'admission tacite de la preuve testimoniale et des présomptions. (Art. 1347, 1353.)

Comment! le législateur, qui admet le serment supplétoire, n'admettrait pas la preuve testimoniale!

Mais ce serait là une inconséquence; ce serait rejeter une preuve plus forte, après avoir admis une preuve plus faible!

Qui permet le moins, permet le plus.

Le serment supplétoire, c'est la dernière de toutes les preuves; et si on suppose que c'est au marchand, demandeur, qu'il est déféré, voilà, en effet, le demandeur qui se crée, à lui-même, toutes ses preuves, et sa preuve écrite, et sa preuve orale!

Est-ce qu'il n'y a pas, au contraire, bien plus de garantie dans le témoignage de personnes désintéressées?

On répond : évidemment oui! (Comp. Toullier, t. VII, n° 368; Zachariæ, § 579, note 4.)

610. — Nous croyons qu'il est facile de démontrer que cette solution n'est pas juridique, et que les livres de commerce ne peuvent pas servir, au profit du marchand, de commencement de preuve par écrit :

1° Et d'abord, quant à l'autorité de l'ancien Droit, nous avons vu, plus haut, qu'elle ne saurait fournir, sous le Droit nouveau, un argument décisif; et que même, dans le dernier état de la jurisprudence du Châtelet, surtout depuis l'ordonnance de Moulins, les énonciations portées dans les livres des marchands n'autori-

saient pas l'admission de la preuve testimoniale. (*Supra*, n° 604.)

2° D'ailleurs, dans notre ancien Droit, le caractère du commencement de preuve par écrit n'était pas législativement défini.

Or, il en est autrement sous notre Code.

Aux termes de l'article 1347 :

« On appelle ainsi tout acte écrit *qui est émané de celui* « *contre lequel la demande est formée*, et qui rend vrai- « semblable le fait attaqué. »

Or, les livres du marchand émanent du marchand lui-même;

Donc, ils ne sauraient être admis comme un commencement de preuve par écrit contre la partie adverse.

Car nul ne peut se faire à soi-même ni une preuve, ni un commencement de preuve!

3° On objecte que cette règle est modifiée par l'article 1329, en ce qui concerne les livres de commerce.

Il est vrai! mais modifiée exceptionnellement dans une certaine mesure, et relativement à un mode de preuve déterminé.

Or, toute exception doit être renfermée dans ses termes.

Donc, le texte, qui admet seulement le serment supplétoire, ne saurait être étendu à la preuve testimoniale ni aux présomptions.

Et il n'y a, dans cette différence, ni contradiction ni inconséquence.

Que le législateur ait pu autoriser le juge a déférer le serment supplétoire, lorsque les livres lui paraissent offrir un caractère de bonne foi et de vraisemblance, on le comprend; c'est l'un des modes d'instruction les plus simples et les plus brefs.

Tout autre est la preuve testimoniale!

Est-elle *plus*, est-elle *moins* que le serment supplétoire?

Cette sorte de comparaison hiérarchique des preuves ne serait peut-être pas exempte de dangers, si on voulait en déduire des conséquences pratiques.

Ce qui est certain, c'est qu'elle est différente; c'est qu'elle est soumise à d'autres règles qui lui sont spéciales.

Et de ce que l'article 1329 a admis le serment supplétoire, il n'y a pas à conclure qu'il a admis la preuve testimoniale.

Non-seulement il ne le dit pas,

Mais la manière dont les auteurs de la loi se sont expliqués, démontre qu'ils n'ont pas, en effet, voulu le dire :

« Ces registres ne peuvent tout au plus servir qu'à déterminer le juge à déférer le serment. »

Ces paroles de M. Jaubert annoncent certainement une intention tout à fait restrictive. (Comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 517; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. VI, p. 409; Duvergier, sur Toullier, t. VII, n° 369, note 1; Marcadé, art. 1329, n° 2; Bonnier, n° 780; Bravard, *Manuel de Droit comm.*, p. 32; Roncenne, *Théorie de la procéd. civ.*, t. IV. p. 184-186; Larombière, t. IV, art. 1329, n° 16.)

611. — Ajoutons que deux conditions sont nécessaires pour que le serment supplétoire soit déféré par le juge, dans les termes de l'article 1329.

I. Il faut que les livres du marchand soient régulièrement tenus.

l'article 1329 ne le dit pas!

Mais l'article 12 du Code de commerce le dit; et si la loi l'exige entre deux commerçants, à plus forte raison l'exige-t-elle virtuellement entre un commerçant et un non-commerçant. (Comp. *supra*, n° 598.)

612. — 2° Il faut qu'il s'agisse *de fournitures*, que le marchand affirme avoir été faites par lui au particulier non-marchand.

Le texte est, à cet égard, formel.

Et, comme ce texte consacre une dérogation au Droit commun, le serment ne pourrait pas être déféré par le juge, sur l'existence prétendue d'une obligation, qui aurait une autre cause que celle de marchandises fournies, lors même qu'elle se référerait au commerce du demandeur et qu'elle serait portée sur ses livres.

Il est vrai que, lorsqu'il s'agit de fournitures, le serment supplétoire peut être déféré, sur toutes les circonstances, qui se rapportent à cette cause : soit sur le fait de la livraison; — soit sur le prix convenu; — soit sur le non-payement de la dette, en tout ou en partie.

Mais il faut toujours que le différend porte sur des fournitures.

Que le marchand, au contraire, prétende, par exemple, qu'il a fait un prêt d'argent au non-marchand, ou qu'il lui a remboursé un prêt d'argent qu'il avait reçu de lui, le serment supplétoire ne pourra pas être déféré par le juge sur le vu de ses livres. (Comp., *infra*, n° 616; Pothier, n° 734; Zachariæ, Aubry, Rau, t. VI, p. 409; Larombière, t. IV, art. 1329, n° 13.)

613. — II. Aux termes de l'article 1330 :

« Les livres des marchands font preuve contre eux; « mais celui qui veut en tirer avantage ne peut les di- « viser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa pré- « tention. »

S'ils ne font pas preuve pour eux, ils font donc néanmoins preuve contre eux. (*Supra*, n° 603.)

Telle était aussi l'ancienne doctrine. (Comp. Pothier, n° 758.)

On ne saurait méconnaître toutefois, encore, qu'il y a là une certaine dérogation à un principe de Droit commun : *nemo tenetur edere contra se*. (*Supra*, n° 209.)

Car la partie non marchande peut demander la représentation des livres de la partie marchande; laquelle représentation peut être aussi ordonnée d'office par le juge. (Art. 15, Cod. de comm.; comp. *supra*, n° 600.)

Mais c'est que l'obligation de tenir des livres est, ainsi que nous l'avons remarqué déjà, imposée aux commerçants, non-seulement envers les autres commerçants, mais aussi envers les particuliers non-commerçants; de sorte que les livres de commerce n'ont pas absolument le caractère des simples écritures privées;

Ce qui a permis au législateur de leur appliquer cet autre principe :

« *Proprium factum nemo impugnare potest.* »

Le livre du marchand, n'est-ce pas en effet son aveu?

Pourquoi aurait-il porté cette mention sur son livre, si elle n'était pas exacte?

Ses livres doivent donc faire preuve contre lui, dit l'article 1330..... *preuve complète*, disait Pothier. (*Loc. supra cit.*)

614. — Aussi, n'est-il pas même, dans ce cas, nécessaire que les livres soient tenus régulièrement.

Que des livres irréguliers ne puissent pas être invoqués par celui qui les a tenus, on le comprend; *sibi imputare debet !*

Mais il n'y a aucune raison pour que ses livres, tels quels, ne fassent pas preuve contre lui !

Autrement il profiterait de sa faute ou de sa négligence, peut-être même de sa fraude ! (Comp. Rouen, 23 mai 1825, Sirey, 1826, II, 6; Cass., 7 mars 1837, Lachelin, Dev., 1837, I, 940; Duranton, t. XIII, n° 198; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p, 409; Larombière, t. IV, art. 1330, n° 18.)

615. — C'est par cette raison qu'il n'est pas non plus nécessaire, pour que la mention, portée sur les livres d'un marchand, fasse preuve contre lui, qu'elle soit écrite de sa main.

« Cela a lieu, dit Pothier, quand même la chose aurait été écrite par une autre main que celle du marchand, pourvu qu'il soit constant que le journal est celui dont le marchand a coutume de se servir; car ce journal étant

en sa possession, la présomption est que tout ce qui y est écrit, l'a été de son consentement. » (n° 758.)

Cette doctrine est toujours vraie.

Et cela, dirons-nous aussi, quand même la mention aurait été écrite de la main de la partie qui l'invoque; (Comp. Bourges, 14 juin 1851, Maronat, Dev. 1851, II, 737.)

Sauf, bien entendu, dans tous les cas, le droit, pour le marchand, de combattre, par tous les autres modes de preuve, cette preuve que l'on déduit contre lui, de ses livres. (Comp. *supra*, n° 602; Bonnier, n° 777.)

616. — Mais de quels faits, de quelles causes d'obligations, les livres de commerce font-ils preuve contre les marchands, pour les particuliers non-marchands?

Est-ce seulement des faits de commerce, des obligations qui ont, de leur part au moins, une cause commerciale?

Est-ce aussi des obligations, qui ont, de part et d'autre, une cause purement civile?

Jules, marchand, a mentionné, sur ses livres, la vente ou l'achat d'un immeuble, qui aurait eu lieu, à telle date, entre lui et Paul.

Paul peut-il prétendre que cette mention fait preuve, pour lui, contre Jules?

M. Larombière paraît répondre affirmativement :

« Comme la loi, dit le savant auteur, n'établit, à cet égard, aucune distinction, les livres des marchands font foi contre eux, en faveur de commerçants ou de non-commerçants, soit que leurs énonciations se réfèrent à des opérations ou conventions commerciales ou civiles, à des obligations qui ont une autre cause que des achats, ventes ou livraisons de marchandises. » (T. IV, art. 1330, n° 18; Comp. aussi Colmet de Santerre, t. V, n° 294 *bis*.)

Nous ne pensons pas, toutefois, que cette doctrine soit exacte; et à notre avis, la preuve qui, d'après l'article 1330, résulte des livres du marchand, pour la partie non

marchande, n'a trait qu'aux énonciations, qui se rapportent à une cause commerciale, et plus spécialement à des fournitures :

1° La règle générale, en effet, d'après l'article 12 du Code de commerce, est que les livres de commerce ne peuvent faire preuve entre commerçants, que *pour faits de commerce*. (Comp. *supra*, n° 597.)

Or, il n'existe, dans le Code Napoléon, aucune dérogation à cette règle, dans les rapports entre les commerçants et les particuliers non-commerçants.

Au contraire, l'article 1329 ne mentionne *que les fournitures* alléguées par le marchand, lorsqu'il détermine la preuve, qui peut en résulter *pour lui*.

Et c'est, croyons-nous, dans le même ordre d'idées, que le législateur est resté dans l'article 1330, lorsqu'il détermine immédiatement la preuve, qui peut en résulter *contre lui*.

2° Ce n'est pas que nous veuillons dire que les livres du marchand ne font preuve contre lui, au profit de la partie non marchande, que pour cause de fournitures. En invoquant l'article 12 du Code de commerce, nous admettons, par cela même, qu'ils font preuve, plus généralement, pour *faits de commerce*.

Telle nous paraît être la doctrine de Pothier, lorsqu'il enseigne « qu'il n'est pas douteux que les livres des marchands font une preuve complète contre eux, soit des marchés qu'ils ont faits, soit des livraisons qui leur ont été faites, et des sommes qui leur ont été payées. » (N° 758.)

Et si, en effet, un particulier, propriétaire d'une forêt, a vendu des arbres à un marchand de bois, nous décidons aussi que le vendeur pourra invoquer le livre de l'acheteur, comme preuve de la vente et des conditions auxquelles elle a été faite.

Mais nous n'admettrions pas un particulier, prétendu vendeur d'un immeuble, à se prévaloir des livres d'un

marchand, pour prouver l'existence de la vente contre lui.

3° Ce qui pourrait arriver seulement, c'est que l'adversaire du marchand, dans un différend, qui n'aurait pour objet qu'une opération purement civile, trouvât un commencement de preuve par écrit dans les mentions qui seraient écrites sur ses livres; car le livre-journal du marchand doit présenter, jour par jour, tout ce qu'il reçoit et paye à quelque titre que ce soit. (Art. 8.) Et c'est en ce sens qu'un arrêt de la Cour de cassation du 25 nivôse an X, justement approuvé par M. Bonnier, a décidé que le défaut de production des livres peut, même en matière civile, réuni à d'autres circonstances, rendre un négociant non recevable dans ses prétentions.

Mais ce ne serait là, en effet, qu'un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'article 1347, qui pourrait seulement rendre admissibles la preuve testimoniale et les présomptions.

Ce ne serait pas une preuve complète, dans les termes de l'article 1330 (comp. *supra*, n° 612; Bonnier, n°s 774 et 777; Massé, *le Droit commercial*, t. VI, n° 132; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 512).

617. — L'article 1330 ajoute que celui qui veut tirer avantage des livres d'un marchand ne peut les diviser, en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

Rien de plus logique et de plus équitable.

La mention écrite par lui sur son livre constitue un aveu.

Or, l'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. (Art. 1356.)

Le livre de Paul, commerçant, renferme, en ce qui me concerne, deux mentions : l'une porte qu'il me doit 1000 francs; l'autre porte qu'il m'a payé la moitié de cette dette, 500 francs.

Il est évident que ce livre, en même temps qu'il prouve ma créance, prouve la libération partielle du marchand.

Ce n'est pas, d'ailleurs, ici le lieu d'insister sur ce qui constitue l'indivisibilité de l'aveu; nous y arriverons bientôt.

618. — II. Voici maintenant la seconde espèce d'écritures privées : les registres et papiers domestiques. (*Supra*, n° 592.)

L'article 1331 est ainsi conçu :

« Les registres et papiers domestiques ne font point « un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre « lui : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement « un payement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention « expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut « de titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent « une obligation. »

Des controverses nombreuses, et assez confuses, s'agitaient autrefois sur cette espèce d'écritures.

Le législateur nouveau les a tranchées, par cette disposition très-nette et très-judicieuse, qu'il a d'ailleurs empruntée à l'ancien Droit lui-même. (*Infra*, n° 622.)

619. — Et pourtant, tout d'abord, une question se présente.

Que faut-il entendre par ces mots : *Registres et papiers domestiques?*

Notre Code, en reproduisant cette terminologie, consacrée par la tradition, n'en a pas précisé le sens.

Et peut-être serait-il difficile et non sans danger de prétendre en fournir une définition rigoureuse.

Le mot : *registre*, d'ailleurs, se définit, en quelque sorte, de lui-même; c'est une réunion de feuilles, reliées ensemble, avec un certain caractère de fixité et de consistance, sur lesquelles le père de famille écrit, successivement, avec l'intention d'en conserver la mémoire, les actes de son administration domestique, ses recettes, ses dépenses, ses achats, ses ventes, ce qu'il prête, ce qu'il emprunte, ses règlements de compte, afin de pouvoir plus tard s'y reconnaître.

Voilà l'idée générale que le mot : *registres domestiques*

exprime, et qu'il doit conserver, sous les autres dénominations, qui l'expriment aussi avec plus ou moins d'exactitude : *livres, journaux, carnets, tablettes*, *cahiers, agenda*, *portefeuilles*, etc.

C'est *le livre des affaires civiles*, après le livre *des affaires commerciales;* et le législateur, en effet, s'est occupé des uns à la suite des autres.

Mais le mot : *papiers domestiques*, que veut-il dire?

Faut-il en conclure que la disposition de l'article 1331 est aussi applicable aux feuilles détachées, aux feuilles volantes?

La négative est, en général, admise. (Comp. Toullier, t. VII, n° 399; Taulier, t. IV, p. 491; Bonnier, n° 744; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 13.)

Et, en thèse, nous croyons que c'est avec raison :

Historiquement, ces deux mots, toujours réunis, comme par une sorte de redondance ou de synonymie, paraissent avoir, en effet, toujours exprimé ensemble une seule et même idée.

Voici la définition que nous trouvons, dans le *Glossaire du Droit français*, des mots : Papiers *domestiques :*

« Registres, *sur lesquels les particuliers inscrivent leurs recettes et leurs dépenses.* » (Instit. cout. de Loysel, édit. de MM. Dupin et Laboulaye, t. II, p. 479.)

Pothier intitule son paragraphe V : Des papiers *domestiques des particuliers*, qu'il distingue *des feuilles volantes* (n°s 759-760, part. IV, chap. I).

Notre Code lui-même, dans l'article 1415, au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, emploie le mot : *papiers domestiques*, tout seul, évidemment comme synonyme de *registres domestiques :*

« A défaut d'inventaire, et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve, tant par titres et *papiers domestiques* que par témoins, et au besoin

par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié..... »

D'où il suit que le mot : *papiers* ne représente pas une autre idée que le mot : *registres*, et ne comprend pas les simples feuilles volantes.

Les feuilles et les notes, non signées ou même signées, ne présentent pas, en effet, le même caractère de fixité et de stabilité que les registres; elles sont trop fugitives pour obtenir le même degré de force probante.

Voilà, disons-nous, ce qui nous paraît vrai en thèse générale.

Et toutefois, nous ne voudrions pas affirmer que le juge ne pourra, en aucun cas, tenir compte des notes inscrites par le père de famille même sur des feuilles volantes. (Comp. *infra*, n° 638.)

La loi n'ayant pas défini les mots : *registres et papiers domestiques*, c'est là une de ces questions dans lesquelles le caractère particulier du fait peut acquérir une grande importance. Il faudra examiner les feuilles produites, la nature de la note qu'elles contiennent, si elles sont ou si elles ne sont pas signées, si elles sont ou si elles ne sont pas réunies dans une ou plusieurs *liasses;* surtout l'habitude de celui qui les a écrites, disait très-bien M. l'avocat général Laplagne-Barris, à l'audience de la Cour de cassation du 9 novembre 1842, pour décider si ces feuilles volantes ne constituaient pas, de sa part, des papiers domestiques, destinés à constater l'état de ses affaires. (Dev. 1843, I, 704; comp. Marcadé, art. 1331, n° 4; Garnier, *Répert. périodique de l'Enregistrement*, 1863, t. X, p. 48, art. 1712.)

620. — C'est que, en effet, la loi n'impose pas aux simples particuliers l'obligation, qu'elle impose aux commerçants, de tenir des livres ou des registres.

Ils sont libres d'en tenir ou de n'en pas tenir!

Et aucune règle, par conséquent, n'en détermine la forme, ni les conditions!

Chacun donc tient les siens à sa manière, comme il veut, comme il peut! suivant son instruction, ses habitudes, ses instincts plus ou moins développés d'ordre, de méthode et de régularité. C'est assez dire les variétés infinies et les profondes différences, qui s'y rencontrent, et qu'il serait téméraire d'appliquer d'avance, à la rigueur, une règle commune à une telle espèce de documents.

Ce sont là des écritures privées par excellence, tout à fait intimes.

De sorte que, en principe, le seul fait de tenir des registres domestiques altérés, s'il n'en a point été fait usage, ne saurait constituer le crime de faux, comme la confection d'un acte public ou privé, dans lequel la vérité serait altérée. (Art. 147, 148, 150 et 151 Code pénal; comp. Cass., 27 janv. 1827, Sirey, 1827, I, 486.)

A la condition, toutefois, disons-nous, que l'altération n'ait pas eu lieu dans l'intention de nuire à autrui et qu'il n'en ait pas été fait usage!

Si, en effet, les registres domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits, il peut en résulter pourtant, dans certains cas, des présomptions ou des indices préjudiciables aux tiers (Comp. *infra*, n° 625.)

Et, dans ces cas, l'altération peut prendre le caractère d'un faux :

« Attendu, en droit, dit le Cour suprême, que si l'altération d'un registre domestique n'est point de nature à être incriminée, tant que le registre reste en possession de son détenteur légitime, il en est différemment lorsque la falsification a eu lieu en vue d'une production préjudiciable à autrui, et que, en réalité, cette production a été effectuée.... » (7 oct. 1858, Meyer, Dev. 1860, I, 920; comp. Cass., 24 juill. 1847, Delaruelle-Duport, Dev. 1847, I, 502; Bonnier, n° 740.)

621. — Les registres et papiers domestiques peuvent d'ailleurs avoir aussi, dans des matières autres que

celle des contrats ou des obligations conventionnelles, une grande importance.

La force probante, qui leur appartient dans ces matières, est gouvernée par d'autres règles; et elle devient parfois considérable!

Il ne sera pas hors de propos de rappeler que nous en avons déjà constaté deux applications:

La première, dans l'article 46, au titre *des Actes de l'état civil* (comp. notre *Traité des actes de l'état civil*, T. I, n° 325);

La seconde, dans l'article 324, au titre *de la Paternité et de la Filiation*. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 244.)

622. — Mais c'est à un autre point de vue que nous avons ici à examiner l'effet des registres et des papiers domestiques, en ce qui concerne celui qui les a écrits.

Il s'agit de savoir, en matière de *libération* ou d'*obligation*, s'ils font preuve:

Soit pour lui;

Soit contre lui.

Aut enim pro se scripsit, disait Boiceau, *aut contra se....*

Et il ajoutait: *aut indifferenter!* (Sur l'art. 34 de l'Ordonn. de Moulins, Part. II, ch. VIII, n° 14.)

623. — *a.* Pour lui?

En aucun cas!

Ni pour le libérer envers un tiers;

Ni pour obliger un tiers envers lui.

Les livres mêmes des marchands ne font pas preuve contre les particuliers non-marchands. (Art. 1329; *supra*, n° 604.)

A plus forte raison, les registres et papiers domestiques d'un particulier non-marchand ne doivent-ils pas faire preuve contre un autre particulier, marchand ou non-marchand!

C'est bien alors, en effet, qu'il faut dire que nul ne peut se faire un titre à soi-même.

Voilà ce qu'exprimait très-bien la loi 7 du Code, *de Probationibus :*

« *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi, adnotatione propria, debitorem constituit....* »

Aussi, notre article 1331 est-il absolu :

« Les registres et papiers domestiques ne font point « un titre pour celui qui les a écrits. »

624. — Et il n'ajoute pas, comme le fait l'article 1329, pour les livres des marchands : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.*

D'où il suit que les registres et papiers domestiques ne forment pas même un commencement de preuve, de nature à autoriser la délation du serment supplétoire. (Comp. Cass., 2 mai 1810, Sirey, 1810, I, 246; Cass., 10 mai 1842, Cret, Dev., 1842, I, 635; Toullier, t. VII, n° 400; Duranton, t. XIII, n° 621; Bonnier, n° 743; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 2.)

625. — Remarquons toutefois que le juge peut les consulter à titre de renseignements et y puiser des présomptions.

Cette nuance, si délicate qu'elle puisse paraître, est néanmoins, suivant-nous, très-exacte.

Et l'arrêt précité de la Cour de cassation, du 10 mai 1842, l'a fort bien mise en relief :

« Attendu que le jugement attaqué n'admet point comme un titre faisant foi, par lui seul, la note trouvée dans les papiers domestiques de la succession Reverdy, et que, si le serment supplétoire porte sur cette circonstance, ce n'est point comme réunissant les caractères et l'autorité d'une preuve, mais comme le complément des présomptions et documents établis au procès, documents d'autant plus graves, que, parmi eux, se trouvait la lettre écrite par Cret lui-même, et que le jugement a pu considérer comme un commencement de preuve par écrit.... » (Comp. Cass. 28 août 1844, Lhéritier, Dev.,

1844, I, 744; Cass., 1er mai 1848, Legigon, Dev., 1848, I, 501; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 411.)

626 — *b.* Au contraire, les registres et papiers domestiques font foi, contre celui qui les a écrits, dans deux cas. (*Supra*, n° 622.)

Le premier cas est celui où ils énoncent formellement un payement reçu;

Un payement, c'est-à-dire une mention tendant, d'une manière quelconque, à la libération du débiteur, soit par l'exécution réelle de l'obligation, soit par novation, par remise, etc.; car le mot : *payement* doit être ici entendu dans son sens le plus général (comp. Pothier, n° 759; Toullier, t. VII, n° 402; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 3);

Formellement, c'est-à-dire en termes précis et non équivoques; ce n'est pas sans doute qu'il y ait là rien de sacramentel; mais ce qu'il faut toujours, c'est que la mention fasse preuve, avec certitude, de la libération du débiteur.

On comprend alors comment elle en fait preuve dans ces conditions.

La libération est favorable, dit Pothier. (*Loc. supra.*)

Sans doute!

Mais ce motif ne serait pas suffisant, à lui seul, pour expliquer notre texte.

Ce qui est vrai, c'est qu'on ne pourrait pas comprendre pourquoi le créancier aurait écrit une telle mention sur son registre, si, en effet, son débiteur ne s'était pas libéré envers lui!

Cette mention implique donc nécessairement la preuve de la libération.

627. — Ce sont le plus ordinairement des mentions de payements à-compte, d'intérêts, d'arrérages, de fermages ou de loyers, que le créancier porte ainsi sur ses registres.

Mais le texte d'ailleurs est général.

Et il comprend tous les payements, soit d'annuités seulement, soit même de capital en tout ou en partie, que le créancier mentionne sur ses registres comme ayant été reçus par lui.

628. — Ces mentions, disons-nous, font foi contre lui.

Mais non pas pour lui!

Jules, héritier de Paul, trouve sur les registres domestiques de son auteur, la mention que Pierre lui a payé, il y a moins de trente ans, une somme de 3000 fr., pour un terme d'arrérages d'une rente de 6000 fr., dont il était débiteur envers lui.

Jules trouve également le titre de cette rente dans la succession de Paul.

Mais ce titre a plus de trente ans de date.

Et, lorsqu'il le présente à Pierre pour lui demander la continuation du service de la rente, celui-ci lui oppose la prescription, soutenant qu'il n'en a jamais rien payé depuis trente ans.

La prescription a été interrompue ! s'écrie Jules.

Aux termes de l'article 2248 :

La prescription est interrompue par la reconnaissance, que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait ;

Et le payement des arrérages d'une rente est certainement l'un des modes les plus significatifs de la reconnaissance du droit du crédit-rentier.

Or, d'une part, il résulte des registres domestiques de Paul, mon auteur, que vous avez payé, il y a moins de trente ans, les arrérages de cette rente;

D'autre part, ces registres, qui font foi, contre lui, du payement, font nécessairement aussi, du même coup, foi, contre vous, de l'interruption de la prescription.

Car cette double preuve, ou plutôt cette preuve unique est indivisible !

Mais la réponse est bien facile :

Oui ! sans doute, la preuve du payement, que vous prétendez déduire des registres domestiques de votre auteur, me serait opposable, avec toutes ses conséquences juridiques, si je reconnaissais, en effet, la réalité du payement des arrérages, qu'elle mentionne.

Et si j'en voulais tirer avantage, comme dit l'article 1329, pour les livres des marchands, je ne pourrais pas les diviser.

Mais je nie la vérité de cette mention.

Et alors, ce n'est pas dans la seconde partie de l'article 1331, que nous sommes ;

Nous sommes dans la première partie, aux termes de laquelle :

« Les registres et papiers domestiques ne font point un « titre pour celui qui les a écrits. »

Eh ! mais, autrement, il dépendrait du créancier d'une rente éteinte par prescription, de la faire revivre, en mentionnant, en intercalant, après coup, sur ses registres privés, la mention d'un payement reçu d'arrérages.

Cela est impossible !

Et pourtant, il faut que nous ajoutions que la doctrine contraire paraît avoir prévalu dans notre ancienne jurisprudence, avec l'adhésion des jurisconsultes les plus autorisés. (Comp. Favre, Cod. liv. VII, tit. XIII. déf. 24; Despeisses, t. I., p. 443 ; Dunod, *Des Prescript.*, p. 171-172 ; Merlin, Répert. v° *Interruption de prescription*, n° 8.)

« Boué (cité par Merlin) rapporte un arrêt de 1632, par lequel il a été jugé que le livre de raison d'un homme décédé, faisant mention du payement d'une année de rente, empêchait la prescription. »

« Le Parlement de Besançon, dit Dunod, l'a souvent jugé de la sorte, même sur le livre du créancier vivant, quand il n'était suspect par aucune circonstance... »

Mais, en vérité, par quels motifs ? et comment pouvait-on justifier une telle doctrine ?

Nos anciens répondaient :

1° En droit, beaucoup de choses sont permises indirectement et par voie de conséquence, qui ne le seraient point, par elles-mêmes, principalement et directement;

2° En équité, il convient de subvenir au créancier de la rente, *lorsqu'il est homme de probité et qu'il conste de la dette*. Comment, en effet, pourrait-il prouver, le plus souvent, que la rente a été servie, lorsque le débiteur le nie? c'est le débiteur, qui a les quittances! et si ce débiteur est de mauvaise foi, la rente même qui aurait été servie exactement pourra périr dans la prescription la plus imméritée!

Mais ces arguments ne pouvaient évidemment pas justifier leur doctrine.

S'il est vrai, parfois, que certaines choses sont permises indirectement, qui ne pourraient pas être faites directement par elles-mêmes, ce n'est jamais qu'à la condition que le résultat indirect, auquel on arrive ainsi, ne sera pas contraire aux dispositions prohibitives de la loi; or, précisément, le résultat, auquel ils arrivaient, était contraire à ce principe de droit et de raison, de tous les temps, qu'on ne peut pas se faire un titre à soi-même.

Et quant à cette espèce de compassion, que leur inspirait le créancier déchu de sa rente, la réponse est qu'il a toujours eu le moyen de prévenir cette déchéance, soit en retirant des contre-quittances, soit, mieux encore, en demandant un titre nouvel à son débiteur. (Art. 2263; comp. Cass., 11 mai 1842, de Rougemont, Dev. 1842, I, 719; Vazeille, *des Prescriptions*, n° 215; Troplong, *des Prescriptions*, n° 215; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 7.)

629. — Bien plus encore!

Lors même que j'invoquerais, contre vous, une mention portée sur vos registres domestiques, et, que, de votre côté, vous invoqueriez, contre moi, cette même mention ou une autre mention corrélative, qui semblerait faire de ces deux mentions un tout indivisible, il ne

pourrait, en aucun cas, résulter de cette prétendue indivisibilité la preuve d'une créance à votre profit!

Je forme, contre Paul, une demande en reddition de compte; et je prétends qu'il a reçu, de mon auteur ou de moi, une somme de 32 000 fr.

Mais Paul produit ses registres domestiques, d'où il résulte :

D'une part, qu'il a reçu, en effet, de moi, la somme de 32 000 fr.;

Et d'autre part, qu'il a aussi payé pour moi, une somme de 32 479 fr.

En conséquence, demande reconventionnelle de Paul, contre moi, en payement de cette différence : 479 fr.

La Cour de Dijon, devant laquelle cette espèce même s'est présentée, décida que la preuve était faite par le défendeur, au moyen de ses registres domestiques, et condamna le demandeur à payer reconventionnellement la somme de 479 fr.

Mais son arrêt a été cassé; et il devait certainement l'être :

« Attendu, dit la Cour suprême, que Gaudinot n'avait produit, à l'appui de sa demande reconventionnelle, que ses livres et papiers domestiques, et, que aux termes de l'article 1331, ces registres ne font point titre pour celui dont ils émanent; — Que cependant c'est sur la simple production des livres du défendeur, que la Cour royale de Dijon a condamné le défendeur à payer....; — Que si la production de ses papiers domestiques par le défendeur a pu produire l'effet de le faire renvoyer de sa demande, elle n'a pu faire, en sa faveur, un titre de nature à le constituer créancier; — Qu'en prononçant, dès lors, la condamnation du demandeur, en l'absence de toute autre preuve, à payer au demandeur la somme de 479 fr. dont celui-ci avait reconventionnellement formé la demande, la Cour royale a ouvertement violé l'article 1331, casse l'arrêt, mais

dans la disposition seulement, qui a prononcé la condamnation du défendeur au payement des 479 fr. » (16 déc. 1833, Gaudiont, Dev. 1834, I, 123.)

Mais pourtant les mentions portées sur les registres domestiques, constituent un aveu de la part de celui qui les a écrits;

Or l'aveu est indivisible. (Art. 1356.)

Assurément oui! l'aveu est indivisible, même celui-là, qui résulte des registres et papiers domestiques. (Comp. *infra*, n° 634.)

Mais il importe de bien appliquer ce principe, et de prendre garde, en l'appliquant, de violer cet autre principe, formellement consacré par notre article 1331, que les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits.

Ce qui résulte donc de la combinaison de ces deux principes, c'est que, en effet, celui dont l'adversaire invoque les registres domestiques peut invoquer lui-même ses registres, pour détruire la preuve, qu'il en tire contre lui;

Mais cela, seulement, dans les limites de l'objet de la demande, et à titre purement défensif!

Vous invoquez, contre moi, une mention de mon registre domestique, afin de prouver que j'ai reçu, pour vous, 32,000 fr.

J'invoque, contre vous, cette même mention, ou une autre mention corrélative, afin de prouver que j'ai payé pour vous, une somme égale, 32 000 fr.

C'est mon droit; et voilà la règle de l'indivisibilité de l'aveu satisfaite.

Mais au delà, et en tant que je veux non pas seulement détruire, par mes registres, la preuve que vous aviez tirée de mes registres, en tant que je veux, moi aussi, m'en faire un titre comme demandeur contre vous, c'est l'autre règle qui veut être satisfaite; et vos registres domestiques ne peuvent pas vous faire un titre contre

moi. (Comp. Bonnier, n° 743; Marcadé, art. 1331, n° 4; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 6.)

630. — En second lieu, les registres et papiers domestiques font preuve contre celui qui les a écrits, lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui, au profit duquel ils énoncent une obligation.

« Paul m'a prêté aujourd'hui, 1er juin 1875, ou il a déposé, entre mes mains, une somme de 1000 fr., dont il n'a pas voulu que je lui fisse une reconnaissance; j'inscris, en conséquence, cette note, sur mon registre, pour lui servir, au besoin, de titre. »

Comment serait-il possible de méconnaître une telle preuve!

Notez, en effet, cette condition qu'il faut la mention expresse que la note doit servir de titre à celui, au profit duquel elle énonce une obligation.

La simple mention d'une obligation contractée envers un tiers ne suffirait donc pas; elle peut avoir été faite par le prétendu débiteur, pour lui seul, afin de se reconnaître dans ses comptes; et par suite, il se peut qu'il n'ait pas pris le soin d'effacer cette note de son registre, après s'être acquitté;

Supposition, qui n'est pas admissible, quand le registre porte la mention expresse, que la note a été faite pour servir de titre au créancier.

La mention expresse, disons-nous, c'est-à-dire certaine, non équivoque; car il n'y a pas plus, pour ce second cas que pour le premier, de termes sacramentels. (*Supra*, n° 626.)

631. — La note de mon registre domestique, par laquelle je me reconnais débiteur envers un tiers, ne porte pas la mention qu'elle a été faite pour lui servir de titre.

Mais cette note, rédigée en termes absolus, est signée de moi.

Dans ce cas, Boiceau (Part. II, chap. VIII, n° 14), et Pothier (n° 759), pensaient qu'elle devait également faire preuve au profit du tiers; sa signature équivalant, disaient-ils, à la déclaration, qui ne s'y trouvait pas.

Cette raison n'était assurément pas sans force.

Mais il n'en est pas moins impossible aujourd'hui, suivant nous, de s'y rendre.

Notre texte est formel; il n'admet cette preuve de l'obligation à la charge de celui qui a écrit la note sur ses registres domestiques, qu'autant que cette note contient la mention qu'elle a été faite pour servir de titre au créancier.

Et l'intention du législateur nouveau de n'admettre, en effet, que cette preuve, ne saurait être révoquée en doute :

« On n'a point admis, dit M. Bigot-Préameneu, dans *l'Exposé des motifs*, l'opinion des auteurs, qui regardaient comme suffisante la mention sur le journal ou sur les tablettes, lorsqu'elle était signée. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 399-400.)

Ce ne serait donc point là un cas d'application de l'article 1331.

Il appartiendrait au juge d'apprécier cette reconnaissance signée, d'après les principes du droit commun, et d'y trouver, en conséquence, un commencement de preuve par écrit, comme dans le cas où la note, non signée, énonce une obligation au profit d'un tiers, sans porter la mention qu'elle a été faite pour lui servir de titre. (Comp. Cass. 27 avril 1831, Dev., 1831, I, 277; Bonnier, n° 745; Toullier, t. VII, n° 403; Duranton, t. XIII, n° 206; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 411; Larombière, t. IV, art. 1331, n°s 3 et 5.)

632. — La simple signature ne suffit donc pas.

Ajoutons qu'elle n'est pas non plus nécessaire.

La note, portant qu'elle a été faite pour servir de titre au créancier, prouve suffisamment la créance, lors même

qu'elle n'est pas signée : « *etiam non subsignata....* » disait Boiceau. (Part. II, chap. VIII, n° 14.)

Mais ce qu'il faut, dans les deux cas où, d'après l'article 1331, les registres et papiers domestiques font preuve contre celui qui les a écrits, c'est qu'il les ait écrits lui-même, de sa main.

Le texte est formel : *contre celui*, dit-il, *qui les a écrits*.

On comprend, en effet, combien il serait dangereux d'attribuer une force probante à des mentions écrites par des mains étrangères, et qui pourraient être intercalées, après coup, à l'insu du propriétaire des registres.

Il est vrai que les livres du marchand font foi contre lui, lors même qu'ils sont écrits par une main étrangère; les articles 11 et suivants du Code de commerce, qui déterminent les conditions de la tenue de ces livres, n'imposent pas, en effet, au marchand l'obligation de les tenir lui-même; et cette obligation ne résulte pas davantage des articles 1329 et 1330 du Code Napoléon.

Mais c'est que les livres des marchands ont un caractère, en quelque sorte, officiel; le marchand, qui est tenu légalement de les tenir, est par cela même tenu d'en diriger et d'en surveiller la rédaction; et on peut ajouter que les nécessités commerciales, la rapidité qu'elles exigent, ne permettraient pas le plus souvent au marchand lui-même de suffire à cette tâche.

Or, ces considérations sont étrangères aux particuliers non marchands, dans la tenue de leurs registres et papiers domestiques, qui sont des écritures tout à fait intimes.

Et pourtant, même en ce qui les concerne, on en est venu à admettre généralement qu'ils font foi, contre le père de famille, lors même qu'ils sont écrits par un autre, de son ordre ou de son consentement, par son fils, par sa femme, par un secrétaire, par un régisseur ou intendant. C'est que, dans cette matière, ce qui prédomine surtout, c'est le fait, c'est la vérité du fait et la

bonne foi ; et, dans ces conditions, les registres sont réputés avoir été écrits par lui, lorsqu'ils ont été écrits par celui qui le représentait, et qu'il avait choisi à cet effet.

Voilà comment la Cour de cassation a décidé que les registres domestiques font foi, contre celui à qui ils appartiennent, de la réception des payements qu'ils mentionnent, quoique la mention ait été écrite par le débiteur lui-même, qui veut en faire résulter sa libération, lorsqu'il est constant que cette mention a été écrite par lui, sous les yeux du créancier, propriétaire du registre. (9 janv. 1865, Délélés, Dev., 1865, I, 63 ; comp. Cass., 9 nov. 1842, Valorge, Dev., 1843, I, 704; Bourges, 14 juill. 1850, Maronat, Dev., 1851, II, 737; Duranton, t. XIII, n° 265 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 412; Massé et Vergé, t. III, p. 513; Bonnier, n° 742; Colmet de Santerre, t. V, n° 295 *bis*, I; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 9.)

655. — Une mention, inscrite sur le registre domestique de Paul, se trouve barrée ou biffée.

A-t-elle perdu sa force probante?

Ou l'a-t-elle conservée?

Cette hypothèse était résolue, dans notre ancien Droit, par une distinction, très-judicieuse, entre les deux cas, dans lesquels les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits.

Aussi, cette distinction est-elle encore généralement admise dans notre Droit nouveau :

Ou le registre contenait la mention formelle d'un payement reçu; et, dans ce cas, cette mention, quoique biffée ou raturée, continue à faire preuve; car le droit était acquis au débiteur d'y trouver la preuve de sa libération; et il n'a pas pu dépendre du créancier ou de ses héritiers, de la lui enlever;

Ou le registre contenait la mention de l'existence d'une obligation au profit d'un tiers; et, dans ce cas, la mention, raturée ou biffée, a cessé de faire preuve. Pour-

quoi faisait-elle preuve, en effet? c'est, avons-nous dit, parce que si le débiteur, qui l'a portée sur ses registres, s'était libéré envers son créancier, il n'y aurait pas laissé subsister cette mention; or, il ne l'a pas laissée subsister; donc, le motif même d'où résultait sa force probante, a disparu; et on doit présumer que c'est par suite du payement de la dette, que la mention a été biffée.

Il est bien entendu, d'ailleurs, que nous supposons que l'écriture, quoique biffée ou raturée, n'est pourtant pas devenue illisible.

Si, en effet, elle ne pouvait plus être lue, il faudrait bien forcément, dans les deux cas, considérer comme anéantie la force probante, qui en résultait.

Et ceci démontre combien il est peu prudent, de la part des débiteurs, de se contenter, pour preuve de leur libération, de la mention du payement reçu, que leur créancier écrit sur son registre;

Puisque le créancier, en effaçant tout à fait cette mention, peut, à son gré, leur enlever cette preuve. (Comp. Pothier, n° 759; Duranton, t. XIII, n° 207; Bonnier, n° 742; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 412; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 10.)

634. — Nous rappelons ici deux règles, qui sont applicables aux registres et papiers domestiques, comme aux livres des marchands :

1° Celui qui veut en tirer avantage ne peut pas les diviser, en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

C'est une règle de droit commun, sur laquelle nous venons de fournir quelques explications, précisément en ce qui concerne les registres et papiers domestiques. (Comp. *supra* n° 629.)

635. — 2° Si les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits, c'est en ce sens que celui qui les invoque n'a pas à fournir d'autres preuves : soit *du payement reçu*, soit *de l obligation contractée*, qu'ils

mentionnent, et que le juge peut fonder, sur cette mention, la condamnation qu'il prononce.

Mais il n'en faut pas conclure que le propriétaire du registre, ou ses héritiers, ne puissent pas être admis à combattre cette preuve.

Ils peuvent la combattre par tous les moyens, non-seulement par des écrits, mais encore par témoins et par présomptions.

Nous avons, en effet, remarqué déjà que ces sortes d'écritures n'appartiennent pas à la classe des actes proprement dits, contre et outre la teneur desquels l'article 1341 interdit la preuve testimononiale. L'article 1341 est fondé sur cette présomption, que les parties, qui ont, d'accord, rédigé un acte écrit, y ont inséré toutes les clauses qui formaient leur convention; et il est logique, en conséquence, de ne point admettre l'une d'elles à venir, après coup, y introduire une clause nouvelle et différente, en dehors de la preuve écrite, au moyen de la preuve testimoniale.

Tout autre est le caractère des registres et papiers domestiques, qui sont l'œuvre personnelle de celui qui les tient.

D'où il suit qu'il est aussi logique, en sens inverse, de l'admettre à prouver, par tous les moyens, que les énonciations qu'ils contiennent ne sont point exactes ou ont cessé de l'être.

C'est ainsi qu'il serait admis à prouver que l'énonciation d'un payement reçu, qui se trouve biffé ou raturée, ne doit pas faire preuve; parce que, en réalité, il n'a pas reçu de payement, et que l'énonciation, qui en avait été faite sur ses registres, était le résultat de l'erreur, de l'inadvertance ou de la précipitation. (Comp. *supra*, n° 633.)

636. — Mais voici ici une question délicate, en ce qui concerne le mode d'exécution pratique, dont la disposition de l'article 1331 est susceptible.

Les registres et papiers domestiques sont en la possession de celui qui les écrit; c'est lui, qui les tient!

Or, ces registres et ces papiers ne peuvent faire preuve que contre lui, jamais pour lui.

On peut donc, sans témérité, affirmer qu'il est fort à craindre qu'il ne veuille pas les produire.

Existe-t-il un moyen de l'y contraindre?

Et la représentation peut-elle en être ordonnée, comme celle des livres des marchands, aux termes des articles 15 et 17 du Code de commerce, soit sur la demande de l'une des parties, soit d'office par le juge, lorsqu'il est certain, en fait, que ces registres existent et qu'il y a, de la part de celui qui les tient, refus de les produire?

L'affirmative est soutenue par un parti considérable dans la doctrine :

1° On invoque d'abord l'autorité du Droit romain, qui était, effectivement, formel en ce sens.

La loi 5, au Code *de Edendo*, est ainsi conçue :

« *Non est novum a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit.* »

Et si le *creditor* refusait de représenter ses tablettes, *rationes*, le défendeur pouvait lui opposer l'exception de dol, par suite de laquelle sa demande était rejetée.... *doli exceptione submoveri.* (L. 8 au Cod., *h. t.*)

2° Tel doit être aussi, dit-on, notre Droit français.

Il n'est pas, en effet, possible que la loi, qui déclare qu'une certaine écriture pourra fournir une preuve à un tiers, ne donne à ce tiers encore moyen d'en obtenir la production!

Quel sera ce moyen? — et dans quelle mesure sera-t-il praticable?

Sur ce point, les partisans de ce système se divisent.

Quelques-uns enseignent que c'est, pour les juges, une obligation d'en ordonner la représentation, lorsqu'elle est demandée par le défendeur contre son adversaire. Par cela seul que l'article 1331 déclare que les registres domes-

tiques font preuve au profit de l'adversaire de celui qui les tient, il accorde à cet adversaire le droit d'en exiger la représentation. (Comp. Marcadé, art. 1331, n° IV.)

Tandis que les autres pensent que les juges ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire, et qu'il leur appartient, suivant les cas, d'ordonner au demandeur de produire ses registres, si le défendeur soutient qu'ils constatent des payements par lui faits, et, si l'existence de ces registres étant reconnue, le refus du demandeur de les représenter est accompagné de circonstances de nature à faire suspecter sa bonne foi. (Comp. Toullier, t. VII, n° 404; Duranton, t. XIII, n° 210.)

Nous croyons, pour notre part, que ni l'une ni l'autre de ces solutions n'est exacte.

A notre avis, la représentation des registres et papiers domestiques des parties ne peut être ordonnée par les juges, ni sur la demande de l'une d'elles, ni d'office;

Et le serment supplétoire ne pourrait pas non plus être déféré à l'une d'elles, par cela seul qu'elle aurait demandé la production des registres de l'autre, en offrant d'y ajouter foi, et que celle-ci refuserait de les représenter :

1° Il faut d'abord écarter de cette thèse l'autorité de Droit romain.

Outre que les usages des Romains paraissent avoir été, en ce qui concerne ces écritures domestiques, différents de nos usages français, il s'agit d'un point de droit positif, sur les modes de preuve admis en matière civile, c'est-à-dire sur une matière, que notre Code a réglementée dans un système complet, qui s'éloigne même d'une manière notable, en plusieurs points, du système romain.

C'est donc dans notre Code qu'il faut chercher le moyen de solution.

Or, aucun article ne reproduit, pour les registres domestiques, les dispositions que les articles 15 et 17 du

Code de commerce appliquent aux registres des marchands;

D'où il faut conclure que ces articles ne sont pas en effet applicables aux registres domestiques.

2° Et cette déduction est logique.

D'où vient l'obligation, qui peut être imposée aux marchands, de représenter leurs livres?

Elle vient précisément de l'obligation qui leur est imposée de tenir ces livres;

Or, la loi n'impose pas aux simples particuliers l'obligation de tenir des registres domestiques;

Donc, elle ne leur impose pas non plus, et elle ne saurait dès lors leur imposer l'obligation de les représenter.

Le registre domestique! c'est un registre tout à fait intime, qui, par sa nature, par sa destination, appartient essentiellement à celui qui le tient, et qui est réputé le tenir pour lui-même et pour lui seul.

3° S'il était vrai que l'on pût transporter, du Code de commerce dans le Code Napoléon, les articles 15 et 17, pour les appliquer aux registres domestiques, il en résulterait que la représentation pourrait en être demandée. non pas seulement contre le demandeur par le défendeur, qui prétendrait que les registres domestiques de son adversaire portent, en sa faveur, la mention d'un *payement reçu*, mais même aussi contre le défendeur par le demandeur, qui prétendrait que les registres domestiques de son adverssire portent, en sa faveur, la mention d'*une obligation contractée.*

Or, c'est là une conséquence que le Droit romain lui-même n'admettait pas (L. 8, *Cod. de Edendo*), et que les partisans du système, que nous combattons, paraissent bien aussi se refuser à admettre. (Comp. Toullier et Duranton, *supra.*)

Et pourtant, cette conséquence serait, suivant nous, inévitable, dans l'état de nos textes, s'il était une fois

admis que les articles 15 et 17 du Code de commerce peuvent être appliquée aux registres domestiques.

La conclusion la plus sûre est donc celle qui les déclare inapplicables, dans tous les cas.

637. — Reste néanmoins une objection grave, celle précisément, qui fait la base du système contraire.

La disposition de l'article 1331 va devenir, dans notre système, une lettre morte, sans application pratique !

Cette objection ne manque assurément pas de gravité ; et nous ne voulons pas méconnaître, en effet, que bien des fois, par le refus de production de la part de celui qui tient les registres domestiques, il sera impossible à son adversaire d'obtenir la force probante que la loi y attache.

Il n'en sera pas toujours ainsi pourtant ; et la disposition de l'article 1331 conserve encore, même dans le système que nous proposons, assez de chances d'application, pour qu'il ne soit pas nécessaire, afin de lui donner un sens pratique, d'en venir à la violation des textes et des principes :

1° D'abord, il se peut que la production des registres et papiers domestiques soit faite volontairement par celui qui les tient ; et il y en a des exemples.

2° La disposition de l'article 1331 recevra encore exécution : soit dans le cas où les créanciers, fondés en titre exécutoire ou autorisés par permission du juge, auront fait apposer les scellées sur les effets de leur débiteur, et constater, dans l'inventaire, l'existence et la teneur des registres et papiers domestiques trouvés sous les scellées ; — soit aussi dans le cas où les scellés ayant été apposés, ils y auraient formé opposition, quoiqu'ils n'aient ni titre exécutoire ni permission du juge. (Comp. art. 820, 821, Code Napol. ; art. 909, 926, 927, 930, Code de procéd.)

Nous citons ces textes qui ajoutent, en faveur de notre thèse, une preuve de plus à celles que nous en avons

déjà fournies; puisqu'il en résulte que les mesures qui peuvent amener la production forcée des registres et papiers domestiques, après décès, ne peuvent être, en effet, provoquées que par *les créanciers*, c'est-à-dire par ceux dont le droit est déjà préalablement établi.

Mais qu'un tiers, que le premier venu prétende, sans aucune preuve de son allégation, s'immiscer dans les secrets d'une famille, sous le prétexte que les registres et papiers domestiques du défunt contiennent la mention d'un payement reçu de lui, ou une mention destinée à lui servir de titre de créance, voilà ce qui, malgré le dissentiment de Toullier et de Duranton, nous paraît inadmissible.

Ils ont intérêt!

Cela se peut.

Mais nous ne concédons pas qu'ils aient qualité!

3° Enfin, il est encore un cas d'application de l'article 1331.

C'est celui où les registres et papiers domestiques, dont la production est demandée, peuvent être considérés comme communs aux deux parties, qui se trouvent en présence.

Voilà comment les livres et les papiers de celui qui a administré les affaires d'un autre, sont à considérer, en effet, comme communs au gérant et au maître; d'où résulte, pour celui-ci, le droit d'en réclamer la communication. (Comp. Merlin, Répert. v° *Compulsoire*, § 2.)

Mais c'est surtout entre les associés ou leurs héritiers, après la dissolution de la société; — entre l'époux survivant et les héritiers ou les légataires, appelés ensemble à la succession d'un auteur commun, que le rôle des registres et papiers domestiques acquiert une grande importance.

Il est évident, en droit, que ce sont là des titres communs à toutes les parties, *des titres communs à toute*

l'hérédité, comme dit l'article 842. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, nos 695 à 700.)

Et, en fait, qui ne sait combien est précieuse, dans les liquidations de successions ou de communautés, cette source de preuves et de documents! car c'est bien souvent, dit avec raison M. Colmet de Santerre, entre personnes de la même famille que les emprunts et les payements sont faits, sans qu'ils soient constatés par des billets ou des quittances. (T. V, n° 295 *bis*.)

Ce n'est pas que nous admettions qu'une simple mention sur les registres domestiques du défunt soit suffisante pour établir, contre l'un des héritiers, la preuve d'une dette envers la succession. (Comp. notre *Traité précité des Successions*, t. IV, n° 329; Toullier, t. VII, n° 401.)

Mais, du moins, ces registres peuvent-ils faire preuve dans les termes de l'article 1331. (Comp. Cass., 15 févr., 1837, Hubert, Dev., 1837, I, 424; Cass. 10 mai 1842, Cret, Dev., 1852, I, 635; Rennes, 31 mars 1849, Civel, Dev., 1850, II, 51; Orléans, 26 juill. 1849, Pélissot, Dev., 1850, II, 49; Garnier, *Répert. de l'Enregistr.*, 1863, t. X, p. 48; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 412; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 12.)

658. — Nous avons dit que, régulièrement, les feuilles volantes n'appartiennent pas à la classe des registres et papiers domestiques, auxquels l'article 1331 attribue une force probante. (*Supra*, n° 619.)

Ces sortes de papiers, feuilles détachées, séparées, n'ont pas, en effet, assez de fixité ni de consistance pour que l'on soit autorisé à présumer que celui qui a écrit les notes, qu'elles contiennent, les ait écrites avec le dessein d'en conserver la mémoire et d'en faire, au besoin, un moyen de preuve juridique.

Généralement donc, les notes portées sur des feuilles volantes ne font point preuve : soit qu'elles mentionnent un payement reçu; soit qu'elles mentionnent une obligation contractée au profit d'un tiers.

Dans l'un comme l'autre cas, ce qui paraît présumable, c'est que ces mentions témoignent seulement d'un simple projet, qui n'a pas reçu d'exécution.

Cette proposition, qui est certaine, quant aux écritures non signées, nous paraît d'ailleurs aussi exacte, lors même que l'écriture serait signée; et une feuille volante, portant une quittance, quoique signée par le créancier, ne ferait pas, suivant nous, preuve de la libération du débiteur, si cette feuille se trouvait en la possession du créancier.

Il est vrai que la seule mention d'un payement reçu fait preuve de la libération du débiteur, quoique non signée, lorsqu'elle est portée sur les registres et papiers domestiques du créancier.

Oui ! lorsqu'elle est portée sur les registres et papiers domestiques, parce que, en effet, dit Pothier, *il n'est pas d'usage de signer les reçus, qu'on inscrit sur un journal* (n° 760).

Mais il s'agit d'un reçu inscrit sur une feuille détachée, et qui devait, au contraire, puisqu'il est signé, servir de titre au débiteur.

Or, ce titre, étant demeuré dans la possession du créancier, ne saurait fournir au débiteur un moyen de preuve; et il doit alors, en cet état, être considéré comme un projet ou un modèle de quittance, que le créancier se proposait de présenter au débiteur.

Telle nous parait être la règle.

Nous ajoutons, toutefois, que cette règle est susceptible d'admettre deux sortes de tempéraments :

639. — 1° D'abord, il est évident que les écritures, même sur des feuilles volantes, peuvent servir de commencement de preuve par écrit, lorsqu'elles émanent de celui contre lequel la demande est formée. (Art. 1347.)

En droit, elles représentent la première condition que la loi y exige, puisque l'écrit émane de celui auquel il est opposé;

Et la seconde condition, en fait, peut certainement s'y rencontrer aussi, puisque cet écrit peut rendre vraisemblable le fait allégué.

Les juges pourront sans doute se montrer plus réservés dans l'appréciation du caractère de ces écritures, lorsque la mention, portée sur une feuille volante, tendra à prouver l'existence d'une obligation à la charge de la personne de laquelle elle émane, que lorsque cette mention tendra à prouver l'extinction d'une obligation.

Mais ce n'est plus là qu'une question d'appréciation, subordonnée aux circonstances de chaque espèce.

640. — 2° Il ne serait pas même impossible que la mention portée sur une simple feuille volante fût considérée comme faisant preuve, conformément à l'article 1331, si les termes de cette mention étaient tels, qu'il en résultât, pour les juges, la conviction que celui qui les a écrits, a eu l'intention formelle d'en faire, au profit du tiers qu'elle désigne, une preuve, soit de libération, soit de créance.

Marcadé cite ces deux exemples :

« M. N.... m'a remis, la semaine dernière, les cinq cents francs qu'il me devait. »

Ou bien :

« M. N.... m'a prêté hier cinq cents francs sans vouloir prendre d'écrit; cette note renseignera mes héritiers, si je venais à mourir. »

Et le savant auteur conclut que des énonciations aussi précises, quoiqu'elles fussent sur une feuille volante, donneront une complète certitude de la libération ou de la créance du sieur N.... (Art. 1331, n° 5.)

Nous le pensons de même.

La loi, en effet, n'ayant pas fourni une définition des mots : *registres et papiers domestiques*, on peut faire rentrer dans ces expressions, d'ailleurs très-larges, les papiers privés, quelle qu'en soit la forme, lorsque, d'après les habitudes et l'intention manifeste de celui qui les a

écrits, ils fournissent exactement la même preuve, que la loi attribue aux registres et papiers domestiques, dans le sens technique et plus rigoureux de ce mot. (Comp. Cass., 9 nov. 1843, Valorge, Dev., 1843. I, 704; Cass., 27 nov. 1843, Noël, Dev., 1844, I, 87; Paris, 6 mars 1854, Danloux-Dumesnil, Dev., 1854, II, 131; Cass., 30 juill. 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 42; Pothier, n° 760; Toullier, t. VII, n° 356; Bonnier, n° 744; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 415; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 13.)

641. — III. Nous arrivons à la troisième classe d'écritures privées, dont notre Code a tracé les règles. (*Supra*, n° 592.)

L'article 1332 est ainsi conçu :

« L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge « ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa posses- « sion, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lors- « qu'elle tend à établir la libération du débiteur.

« Il en est de même de l'écriture mise par le créan- « cier au dos, en marge ou à la suite du double d'un titre « ou d'une quittance, pourvu que le double soit entre les « mains du débiteur. »

Il arrive souvent que certaines mentions, non datées ni signées, sont portées sur l'acte même, qui renferme la convention des parties, *en marge, à la suite ou au dos.*

Et quoiqu'elles n'aient pas elles-mêmes le caractère d'un titre, puisqu'elles ne sont ni datées, ni signées, on comprend qu'elles doivent acquérir un certain degré de force probante de cette place même où elles sont écrites.

C'est ce que M. Bigot-Préameneu expliquait très-bien ainsi dans l'*Exposé des motifs :*

« Avoir mis cette écriture sur le titre même, c'est lui en avoir donné la force; c'est une sorte de déclaration faite à la justice, sous les yeux de laquelle ce qui a été écrit sur le titre ne peut plus en être divisé. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 400.)

642. — « Ces écritures, disait Pothier, tendent ou à la libération, ou à une nouvelle obligation. » (N° 761.)

Le législateur de notre Code ne s'est occupé, dans l'article 1332, que de celles qui tendent à la libération, sans doute parce qu'elles sont plus fréquentes que les autres ; ce sont, en effet, presque toujours des payements, et particulièrement des à-compte d'intérêts, de loyers ou fermages, qui se trouvent ainsi constatés par le créancier sur le titre qui est entre ses mains.

L'écriture, non datée ni signée, portée sur le titre, à l'effet de créer une nouvelle obligation, est bien plus rare.

Elle est possible sans doute aussi ; et il y en a des exemples ; nous aurons donc à dire également quelle peut en être la force probante.

643. — A. Mais occupons-nous d'abord de celles des écritures, qui contiennent une mention libératoire.

Deux cas peuvent se présenter :

I. Ou l'écriture est portée sur un titre qui, par sa nature, appartient au créancier et doit se trouver en sa possession ;

II. Ou elle est portée sur un titre qui, par sa nature, appartient au débiteur et doit aussi se trouver en sa possession.

Le premier cas est régi par le premier alinéa de l'article 1332 ;

Et c'est le second alinéa de cet article qui régit le second cas.

644. — I. Paul a écrit ces mots sur un billet, par lequel Pierre a reconnu lui devoir 10 000 francs, pour cause de prêt :

« *Reçu, à-compte,* 2 000 *francs;* — ou *reçu les* 10 000 *francs pour acquit.* »

Ou bien c'est sur son double de l'acte d'une vente ou d'un bail, qu'il a passé avec Pierre, que Paul a écrit :

« *Reçu le prix ou la moitié du prix de la vente. — Reçu les loyers échus tel jour.* »

Cette mention, datée ou non datée, n'est pas signée de Paul.

Fera-t-elle néanmoins preuve contre lui, au profit de Pierre?

Oui, d'après le premier alinéa de l'article 1332, et même preuve complète! *elle fait foi,* dit notre texte;

Mais sous deux conditions; à savoir :

1° Que cette écriture sera de la main de Paul, le créancier;

2° Que l'acte de prêt, de vente ou de bail, sur lequel il l'a portée, sera toujours resté en sa possession.

Voilà, disons nous, le texte même; et nous ajoutons qu'il faut, à notre avis, s'y tenir; de sorte que, à défaut de l'une ou de l'autre de ces conditions, la mention libératoire ne ferait pas preuve au profit du débiteur.

645. — Cette solution, pourtant, a soulevé de vives controverses.

Et deux interprétations contraires de ce premier alinéa de l'article 1332 ont été proposées.

D'après la première, une seule condition est requise; c'est que l'écriture ait été mise sur le titre par le créancier; il n'y a pas lieu d'exiger que ce titre soit toujours resté en sa possession. Qu'importe, en effet, dit-on, la circonstance, que le titre soit ou ne soit pas resté en la possession du créancier, dès que c'est lui qui a écrit, de sa main, la mention libératoire!

L'article 223 du projet du Code civil (devenu l'article 1332), était d'abord ainsi conçu :

« L'écriture sous seing privé, mise à la suite, en « marge, ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en « la possession du créancier, quoique non signée ni « datée par celui-ci, fait foi, lorsqu'elle tend à établir « la libération du débiteur. » (Fenet, t. II, p. 193 et 600.)

Cette rédaction, comme on voit, n'exigeait pas que l'écriture eût été mise sur le titre par le créancier; et on conçoit que, dans ce système, il était, en effet, nécessaire

que le titre fût toujours resté en sa possession, pour que l'on eût la certitude, autant que possible, que l'écriture libératoire avait été mise au moins de son consentement.

Mais la section de législation du Conseil d'État modifia ce projet, en y ajoutant les mots : *mise par le créancier* ; et il est évident que cette addition devait entraîner la suppression de ces mots, qui s'y trouvaient : *qui est toujours resté en sa possession.*

Ce n'est donc que par inadvertance que ces mots sont restés dans la rédaction définitive; et il faut les considérer comme non avenus.

Comment! cette écriture libératoire, de la main du créancier, portée sur le titre même, ne ferait pas foi, quand ce titre serait entre les mains du débiteur! mais le seul fait de la possession du titre par le débiteur prouve sa libération!

C'est-à-dire que la libération du débiteur est alors, au contraire, prouvée deux fois pour une : par l'écriture du créancier d'abord; et ensuite, par la remise du titre. (Comp. Toullier, t. IV, p. 493; Marcadé, art. 133, nos 1, 4.)

646. — La seconde interprétation qui a été proposée, n'exige aussi qu'une seule des deux conditions, qui sont mentionnées dans l'article 1332.

Laquelle?

Ce n'est pas l'une plutôt que l'autre, toujours et nécessairement.

C'est tantôt l'une, tantôt l'autre, alternativement, suivant les cas :

Le titre est-il toujours resté en la possession du créancier?

L'écriture libératoire fait foi au profit du débiteur, lors même qu'elle n'y a pas été mise par le créancier, lors même qu'elle y a été mise par un tiers, fut-ce même par le débiteur.

Le titre n'est-il pas toujours resté en la possession du créancier?

Il faut que l'écriture ait été mise par lui sur ce titre.

Telle était la doctrine de Pothier (n° 761), doctrine, dit-on, conforme à la raison et aux vraisemblances qui justifient, dans l'un et dans l'autre cas, la présomption différente que la loi en a déduite.

Mais notre texte pourtant? est-ce qu'il n'exige pas, au contraire, cumulativement les deux conditions!

A cette objection les jurisconsultes, qui défendent l'interprétation, que nous exposons, répondent que la rédaction de ce texte est inexacte et vicieuse; qu'elle porte la note des remaniements successifs, dont ce texte a été l'objet; et qu'il ne faut pas en tenir compte. (Comp. Dalvincourt, t. II, p. 617, 618; Duranton, t. XIII, n°s 213, 214; Bonnier, qui après avoir d'abord enseigné cette doctrine, s'en est ensuite départi, n°s 749 et 752.)

647. — Ces deux interprétations nous paraissent également inadmissibles :

1° Nous avons déjà remarqué qu'elles sont, toutes les deux, contraires au texte de la loi!

L'article 1332, en effet, n'exige pas une seule condition; il en exige deux.

Et ces deux conditions il les exige cumulativement, l'une et l'autre, et non pas l'une ou l'autre, alternativement.

La nécessité même, où se trouvent les dissidents, de reconnaître qu'il faut, dans leur système, modifier les termes de la loi, est certainement, contre eux, un argument décisif!

D'autant plus que les travaux préparatoires témoignent que le législateur nouveau a voulu très-sciemment s'écarter de la doctrine ancienne, telle que Pothier l'avait enseignée.

L'article 223 du projet consacrait, en effet, d'abord, cette doctrine, en n'exigeant pas que l'écriture libératoire ait été mise, sur le titre, par le créancier.

Mais le tribunal d'appel de Bordeaux fit observer que « toute note mise à la suite, en marge, ou au dos d'un titre, ne doit jamais constater la libération, si elle n'est écrite de la main du créancier, ou du moins signée par lui. »

Et tout annonce que ce fut pour satisfaire à cette observation, que les rédacteurs ajoutèrent ces mots : *mise par le créancier*, qui se trouvent dans l'article 1332.

Et en les y ajoutant, ils y laissèrent très-sciemment aussi, subsister ces mots : *qui est toujours resté en sa possession*.

Il est donc clair que les deux conditions sont requises par le texte même de la loi.

2° Ces deux conditions d'ailleurs sont justifiées par des motifs sérieux.

La première : que la mention *libératoire ait été mise par le créancier;* parce que cette garantie a pu paraître nécessaire, afin d'éviter un danger, dont la doctrine de Pothier n'était pas exempte; à savoir : qu'une main étrangère n'écrive frauduleusement cette mention, à l'insu du créancier, illettré peut-être, pendant sa maladie, ou son absence, et sans déplacement du titre; et c'est bien pourquoi aussi les registres et papiers domestiques ne font foi qu'autant qu'ils ont été écrits par celui auquel on les oppose.

La seconde : que *le titre soit toujours resté en sa possession*, parce qu'il se pourrait que le créancier eût confié le titre à un tiers, pour en opérer le recouvrement, après avoir écrit, de sa main, la mention libératoire, et que le recouvrement, qu'il espérait et qui devait avoir lieu, n'ait pas été effectué. Très-souvent, en effet, les choses se passent ainsi; et les commerçants, notamment, sont dans l'usage de revêtir d'avance d'un acquit les effets qu'ils envoient à l'encaissement.

On s'écrie : mais la seule remise du titre au débiteur par le créancier fait preuve de la libération! (Art. 1282.)

Sans doute! mais notre question ne suppose rien de pareil.

Ce que notre question suppose, c'est que le titre, qui n'est pas en la possession du créancier, est en la possession d'un tiers.

Et c'est dans cet état des faits, que le texte dispose que la mention libératoire, même écrite de la main du créancier, ne fait pas foi au profit du débiteur.

Nous ajoutons que la solution nouvelle nous paraît meilleure et plus sûre que l'ancienne solution.

Après tout, pourquoi le débiteur, s'il a payé, n'a-t-il pas eu la précaution de retirer du créancier une quittance en forme!

Et, puisqu'il n'a, contre le créancier, que le propre fait de celui-ci, du moins faut-il que ce fait présente le caractère d'un aveu et la preuve certaine que le payement a été fait. (Comp. Colmar, 6 mars 1816, Bonnier n° 749; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 413; Colmet de Santerre, t. V, n° 245 *bis;* Larombière, t. IV, art. 1332.)

648. — Si la solution nouvelle pouvait paraître trop rigoureuse (ce que nous ne pensons pas), elle trouverait d'ailleurs un correctif, en ce sens que la mention libératoire, mise sur le titre par le créancier, pourrait n'être pas tout à fait inutile, lors même que le titre ne serait pas resté dans sa possession, et qu'il serait passé dans des mains étrangères.

Cette mention ne faisant point alors, au profit du débiteur, une preuve complète, pourrait du moins, former un commencement de preuve par écrit, qui rendrait admissibles la preuve testimoniale et les présomptions. (Art. 1347; et les citations *supra,* n° 646.)

649. — Il est bien entendu que la mention libératoire, écrite sur le titre, de la main d'un mandataire du créancier, devrait être considérée comme si elle avait été écrite de la main du créancier lui-même.

Et le débiteur serait fondé à offrir la preuve, soit par témoins, soit par présomptions, du mandat, exprès ou tacite, par lequel le créancier aurait autorisé le tiers, son gérant, par exemple, ou son fils, à écrire cette mention; car il ne s'agit pas alors de prouver, directement, le fait du payement, qu'il allégue, et dont il aurait pu se procurer une preuve par écrit; ce qu'il demande à prouver, c'est le fait même de ce mandat, exprès ou tacite, dont il n'a pas pu se procurer une preuve écrite. (Comp. *Supra*, n° 632; Toullier, t. IV, n° 354; Larombière, t. IV, art. 1332 n° 4.)

650. — Dans quels cas pourra-t-on dire, conformément à notre texte, que le titre est toujours resté en la possession du créancier?

Il est clair que s'il s'y trouve, au moment où la question s'élève, on devra présumer, jusqu'à ce que le créancier ou ses représentants aient fourni la preuve contraire, qu'il y est toujours resté.

Mais qu'elle devra être cette preuve?

Régulièrement, il faudra que le créancier établisse que le titre est sorti de ses mains, revêtu d'avance d'un acquit, parce qu'il l'avait confié à un tiers pour en opérer le recouvrement, et que c'est à défaut du recouvrement opéré, que le titre lui a été remis; car c'est, comme nous l'avons vu, pour ce cas précisément, que le législateur n'admet pas, en faveur du débiteur, la présomption de libération.

En vain, le créancier offrirait de prouver que le titre est sorti de ses mains, pour un autre motif que celui du recouvrement de la créance, pour une communication en justice, par suite d'un dépôt, ou d'un nantissement.

Il n'y aurait pas, dans de tels faits, cette interruption de possession, que le législateur suppose dans l'article 1332. Le dépositaire, le créancier gagiste ont, en effet, continué de posséder pour lui; cette possession, qu'il

leur a transmise momentanément de son titre, pour une destination autre que celle du recouvrement de la créance, ne saurait exercer aucune influence sur la question de savoir s'il est prouvé, en effet, que le recouvrement a eu lieu.

Cette solution serait surtout incontestable, dans le cas où la mention libératoire aurait été portée sur le titre, par le créancier, soit avant, soit depuis le fait d'une telle possession par un tiers.

Au reste, le silence de la loi laisse aux juges une certaine latitude d'interprétation sur le point de savoir si cette seconde condition a été remplie. (Comp. Larombière, t. IV, art. 1332, n° 5).

651. — La mention libératoire, qui était érite de la main du créancier, sur le titre, est raturée, bâtonnée.

Et le titre se trouve en la possession du créancier.

Cette mention fera-t-elle preuve encore, si, bien entendu, elle est toujours lisible?

Pothier répondait affirmativement :

« Il ne doit pas être, disait-il, au pouvoir du créancier, en la possession duquel est l'acte, ni moins encore en celui de ses héritiers, de détruire, en barrant cette écriture, la preuve du payement, qu'elle renferme. » (N° 761.)

Telle aussi la solution enseignée par plusieurs jurisconsultes sous l'empire de notre Code. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 221; Zachariæ, t. V, § 689; Larombière, t. IV, art. 1332, n° 10.)

Mais cette solution nous paraît soulever une objection grave.

Le créancier avait confié son titre à un tiers, pour opérer le recouvrement de la créance; et il l'avait, d'avance, comme c'est l'usage, revêtu d'un acquit.

Mais voici que le titre lui revient *impayé!*

Faut-il donc qu'il le garde en cet état?

Mais, en cet état, il fait preuve du payement; et si, lui! le créancier vient à mourir, ses héritiers seront sans dé-

fense contre la présomption légale de libération, qui en résulte.

Il semble donc naturel et légitime que le créancier barre cette mention libératoire, qui n'est pas conforme à la vérité.

Et, par suite, nous croyons que la mention libératoire, une fois barrée, ne fait plus preuve du payement, sauf au débiteur, s'il y a lieu, à faire la preuve d'un dol de la part du créancier ou de ses héritiers.

Il est vrai que la mention libératoire, écrite par le créancier sur son registre domestique, ne cesse pas de faire preuve, lors même qu'elle a été barrée ou raturée; nous l'avons ainsi décidé nous-même. (*Supra*, n° 633.)

Mais il y a cette différence entre les registres domestiques de l'article 1331, et les mentions libératoires de l'article 1332, que les premiers ne sortent pas des mains du créancier, tandis que les autres peuvent en sortir et se trouver confiés par lui à un tiers chargé d'opérer le recouvrement de la créance. (Comp. Toullier, t. IV, n° 356; Bonnier, n° 753.)

652. — II. Le second cas, dont l'article 1332 s'occupe, est celui où la mention libératoire est portée sur un titre, qui, par sa nature, appartient au débiteur et doit se trouver en sa possession. (*Supra*, n° 643.)

La rédaction de notre texte est, pour cette fois, si incorrecte, qu'il serait impossible d'entreprendre de la justifier; ce qu'aucun des commentateurs, en effet, n'a entrepris!

Pour exposer exactement le cas auquel s'applique ce second alinéa, nous ne saurions mieux faire que de citer le passage de Pothier, auquel il a été emprunté :

« Ces dispositions, dit-il, sur le premier cas, que nous venons d'examiner, ont lieu, lorsque l'acte est entre les mains du créancier. »

Et il ajoute :

« *Quid*, si l'acte est entre les mains du débiteur, *puta*,

si, au bas, au dos, ou en marge d'un traité de vente fait double, qui est entre les mains de l'acheteur, débiteur du prix, il se trouve des reçus non signés? les écritures feront pleine foi, si elles sont de la main du créancier; ces quittances étant sur l'acte même qui renferme l'obligation, elles ont plus de force que des quittances non signées, données sur une feuille volante. — Il en est de même des quittances non signées, écrites de la main du créancier, qui seraient à la suite d'une précédente quittance signée. » (N° 762.)

Voilà les deux cas, que prévoit aussi l'article 1332; et il est facile maintenant d'apercevoir combien la rédaction, qui les reproduit, est amphibologique et obscure!

1° Le créancier a écrit une mention libératoire, sur le double d'un titre, non pas, bien entendu, sur celui qui est en sa possession (ce qui nous replacerait dans le premier cas), mais sur celui qui est en la possession du débiteur;

2° Le créancier a écrit une mention libératoire sur une quittance précédente signée de lui, et qu'il a délivrée au débiteur.

Le mot : *double*, dans le second alinéa de l'article 1332, semblerait s'appliquer à l'un et à l'autre cas; et c'est en cela que cette rédaction est, à première vue, presque inintelligible! car on ne fait pas des quittances en double original.

Aussi, ce mot : *double*, ne convient-il qu'au premier cas, à celui où le créancier a écrit un reçu sur le double d'un titre qui est entre les mains du débiteur.

653. — Notre texte exige encore, dans ce cas, deux conditions pour que la mention libératoire, quoique non signée, fasse foi au profit du débiteur :

1° Il faut qu'elle soit écrite de la main du créancier, ou, bien entendu, de la main de son mandataire ou de son représentant. (*Supra*, n° 649.)

Il ne saurait être, en effet, au pouvoir du débiteur

d'écrire lui-même ou de faire écrire par le premier venu, une quittance sur ce titre, qui est en sa possession, à lui!

Aussi, cette condition est-elle essentielle, quoique pourtant elle ne se trouvât point exigée d'abord dans l'article du projet. (Comp. Fenet, t. II, p. 103.)

Mais elle y a été ajoutée; et il n'en pouvait pas être autrement.

654. — 2° Il faut que l'acte, sur lequel le créancier a écrit la mention libératoire, soit entre les mains du débiteur.

Autrement, on serait autorisé à supposer que le débiteur a remis au créancier le double de son titre ou sa quittance précédente, pour faire préparer la quittance; et que le créancier, après y avoir d'avance écrit cette quittance, a retenu la pièce, parce que le payement annoncé et promis, n'a pas été effectué.

655. — Cette seconde condition est-elle applicable au cas où la mention libératoire est portée sur une quittance précédente, comme au cas où elle est portée sur le double d'un titre appartenant au débiteur?

M. Larombière répond négativement :

« Quant aux annotations mises par le créancier sur une quittance en forme précédemment fournie, elles font foi, lorsqu'elles tendent à établir la libération du débiteur, indistinctement, soit que la quittance se trouve entre les mains du créancier ou du débiteur. » (T. IV, art. 1332, n° 8.)

L'argument du savant auteur est fondé sur ces derniers mots de l'article 1332 : « *Pourvu que le double soit entre les mains du débiteur.* »

Or, il n'y a pas de double d'une quitttance précédente;

Donc, cette condition ne peut s'entendre que du double d'un titre, qui appartient au débiteur.

Mais il faut bien reconnaître que l'autorité d'un argument déduit d'une telle rédaction ne saurait être, à elle seule, décisive, surtout si la solution, que l'on veut en

déduire, est contraire à la tradition ancienne et au motif essentiel de la loi.

Or, d'après la tradition, que notre Code a certainement voulu maintenir, il est nécessaire que la quittance précédente, aussi bien que le double d'un titre, se trouve entre les mains du débiteur; le témoignage de Pothier ne laisse, à cet égard, aucun doute. (*Supra*, n° 652.)

Et il nous semble qu'il en est de même du motif sur lequel est fondée la disposition du second alinéea de l'article 1332; à savoir : que le créancier, après avoir écrit la quittance sur la pièce, que le débiteur lui avait remise à cet effet, soit le double de son titre, soit une quittance précédente, a retenu, dans ses mains, cette pièce, parce que le payement annoncé et promis n'a pas été effectué. (*Supra*, n° 653; comp. Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 297; Marcadé, art. 1332, n° 4; Bonnier, n° 751.)

656. — Nous admettons aussi d'ailleurs, pour ce second cas, la solution de Pothier, qui enseigne que « les quittances, quoique écrites de la main du créancier sur l'acte, qui est en la possession du débiteur, ne feront pas foi non plus, si elles sont barrées. » (N° 762.)

Le motif, qui nous a empêché d'admettre une solution semblable pour le premier cas, où l'acte se trouve en la possession du créancier, n'existe pas, en effet, ici. (Comp. *supra*, n° 651.)

Et il faut dire, au contraire, qu'*il y a lieu de croire que le créancier, ayant écrit la quittance sur des propositions de payement, l'a barrée, parce que les propositions n'ont pas été effectuées; et que le debiteur ne l'aurait pas laissé barrer, si le payement avait été effectué.*

657. — Ne devrait-on pas aussi admettre le créancier à prouver, par témoins et par présomptions, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit, que le payement n'a pas été effectué, lors même que la mention libératoire écrite par lui sur l'acte, qui se trouve en la

possession du débiteur, serait intacte, ni barrée, ni raturée?

MM. Aubry et Rau répondent négativement.

Tout en accordant ce droit au créancier, dans le premier cas, lorsque la mention libératoire est portée sur un acte, qui est en sa possession, ils le lui refusent, dans le second cas, lorsque cette mention est portée sur un acte, qui est en la possession du débiteur.

« En effet, disent les savants auteurs, par cela seul qu'une mention libératoire a été mise à la suite d'une quittance ou du double, qui se trouve entre les mains du débiteur, cette mention ne peut plus être considérée comme étant l'œuvre spontanée du créancier seul, et revêt, en quelque sorte, le caractère d'un acte proprement dit. » (T. VI, p. 415-416.)

Mais cette distinction ne nous paraît pas juridique.

Pourquoi, dans le premier cas, le créancier peut-il faire cette preuve, nonobstant les articles 1341, 1347 et 1353, qui défendent l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions contre le contenu *aux actes*, lorsqu'il s'agit d'une valeur de plus de 150 francs?

C'est en raison du caractère de l'écriture qui lui est opposée; c'est parce que cette écriture constitue un véritable titre, une preuve préconstituée;

Or, la simple écriture, non signée, du créancier ne saurait jamais avoir ce caractère, pas plus dans le second cas de l'article 1332 que dans le premier; le fait, que cette écriture se trouve sur un titre, qui est dans la possession du débiteur, ne peut pas lui communiquer le caractère d'un titre, ni en faire un acte bilatéral;

Donc, l'article 1341 n'est pas plus applicable dans l'un que dans l'autre.

Et il faut, croyons-nous, conclure, en effet, que, dans l'un comme dans l'autre, le créancier peut être admis à prouver, par tous les moyens, que la mention libératoire

écrite par lui est le résultat d'une erreur. (Comp. Larombière, t. IV, art. 1332, n° 9.)

658. — Du texte de l'article 1332, tel que nous venons de l'exposer, il résulte qu'une mention libératoire, écrite par le créancier, mais non signée, ne ferait pas foi, si l'acte, sur lequel elle serait portée, n'était ni en la possession du créancier, ni en la possession du débiteur, c'est-à-dire si cet acte se trouvait en la possession d'un tiers.

Cette mention ne pourrait donc servir que de commencement de preuve par écrit. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 415.)

659. — Il en serait de même de la mention libératoire qui serait portée sur une feuille volante.

Nous nous sommes expliqué sur cette dernière hypothèse. (*Supra*, n°s 638-640.)

660. — B. Il nous reste à exposer le cas où l'écriture, non signée, portée sur le titre, tend à créer une nouvelle obligation, une augmentation, un supplément de créance. (Comp. *supra*, n° 642.)

Quelle peut en être la force probante?

Le texte manque pour résoudre cette question.

Mais la doctrine ancienne l'avait résolue au moyen d'une distinction, qui nous paraît devoir être admise encore :

Ou l'écriture ajoutée au titre, de la main du débiteur, sans une nouvelle signature, se rattache, par une liaison intime, à l'obligation constatée par ce titre, dont elle apparaît comme la suite et le développement.... *unus et continuatus actus, ad idem signum pariter relatus*, disait Boiceau. (Part. II, chap. II, n° 3) ;

Et, alors, elle fait preuve, comme l'obligation principale, avec laquelle elle se confond.

Voici un acte par lequel Pierre a reconnu que Paul lui a prêté 1000 francs; il est signé de Pierre.

Et puis, après sa signature, Pierre a écrit, mais sans signer de nouveau :

« Je reconnais que Paul m'a encore prêté 500 francs » ; ou bien « je m'engage à lui payer désormais des intérêts à 5 pour 100 ».

Cette écriture, quoique non signée, fera preuve.

661. — Ou, au contraire, l'addition, quoique écrite de la main du débiteur, n'a aucun rapport avec l'obligation, qui est portée dans le titre, qui est signé de lui.

Et, alors, elle ne doit être considérée que comme un simple projet, auquel il n'a pas été donné suite.... *nudam tantum et imperfectam scripturam, in qua fortasse scribens perseverare noluerit.* (Boiceau, *loc. supra cit.;* Pothier, nos 763-764.)

662. — Notre Code, ainsi que nous l'avons remarqué, n'a soumis la rédaction des actes sous seing privé à aucune condition de forme; et il appartient, en conséquence, aux juges d'apprécier, suivant les cas, le degré de force probante, qui peut leur appartenir, dans l'état où ils leur sont présentés.

Sous ce rapport, la distinction, qui précède, n'a rien, sans doute, pour eux d'obligatoire, en droit.

Mais elle peut leur offrir, en fait, un moyen satisfaisant d'interprétation et de solution. (Comp. Marcadé, art. 1332, n° 5; Bonnier, n° 754.)

663. — IV. Quoique les lettres missives n'aient été, dans le Code Napoléon, l'objet d'aucune disposition spéciale, il n'est pas douteux qu'elles peuvent faire une preuve, même en matière civile, soit de la libération, soit de l'obligation. (Comp. art. 1984.)

C'est ainsi qu'on a vu plus haut qu'une convention synallagmatique peut être établie..... *per epistolam.* (*Supra,* n° 430.)

Et nous avons, en traitant du consentement, examiné la question de savoir à quel moment se forme la convention, qui se négocie par correspondance. (Comp. le t. I de ce *Traité,* nos 70 et suiv.)

Ce qui résulte donc seulement du silence du Code Na-

léon sur cette espèce d'écriture privée, c'est qu'il faut y appliquer la règle, que nous venons de poser; à savoir . que le législateur n'ayant soumis les écritures privées, en général, à aucune condition de forme, c'est aux magistrats, qu'il appartient d'apprécier le degré de force probante, qu'il y a lieu, suivant les cas, d'attribuer à celles qui sont produites devant eux.

Ils peuvent, en conséquence, quant aux lettres missives :

Soit les rejeter entièrement;

Soit les admettre comme formant une preuve complète;

Soit les admettre seulement comme formant un commencement de preuve par écrit.

664. — La seule difficulté théorique, qui puisse s'élever sur cette matière, consiste à savoir si la lettre, adressée à un tiers, peut être produite sans le consentement de l'expéditeur et du destinataire.

Cette difficulté est considérable, en effet.

Nous avons ailleurs entrepris de la résoudre. (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 393 et suiv.)

Bornons-nous à constater ici l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, qui nous paraît pouvoir être résumé dans les trois propositions suivantes :

I. Les lettres missives, adressées à des personnes tierces, ne peuvent être produites en justice qu'avec le consentement de ces personnes;

A moins qu'elles ne puissent être considérées comme communes à la personne à qui elles ont été adressées et à la partie qui veut les produire (Comp. Cass., 19 juillet 1843, Maissiat, Dev. 1844, I, 236).

II. Les lettres confidentielles ne peuvent pas être produites, même avec le consentement des personnes auxquelles elles ont été adressées.

III. C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier,

en fait, le caractère de la lettre, si elle est ou si elle n'est pas confidentielle. (Comp. Cass., 3 fév. 1873, Dumolin, Dev. 1873, I, 313; Cass. 3 mai 1875, Geoffroy, Dev., 1875, I, 197; Paris, 11 juin 1875, Gentil, Dev., 1875, II, 200; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV. p, 150 et t. VI, p. 357; Bonnier, n^es 694 et 745; Larombière, t. IV, art. 1331, n° 4; voyez aussi notre *Traité de la Paternité et de la Filiation,* n° 246; et notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments,* t. IV, n° 150.)

§ V.

DES TAILLES.

SOMMAIRE.

665. — Exposition.
666. — Les tailles font pleine foi des fournitures qu'elles constatent, quel que soit le montant de ces fournitures.
667. — Suite.
668. — Suite.
669. — Suite.
670. — Suite.
671. — Suite.
672. — Suite.
673. — Suite.
674. — Les tailles corrélatives à leurs échantillons font-elles foi à l'égard des tiers?

665. — L'article 1333 est ainsi conçu :

« Les tailles, corrélatives à leurs échantillons, font foi « entre les parties qui sont dans l'usage de constater ainsi « les fournitures qu'elles font et reçoivent en détail. »

Le mot : *Taille,* signifie un petit morceau de bois fendu en deux parties égales. L'une des moitiés, qui conserve le nom de *Taille,* reste aux mains du fournisseur; et l'autre moitié, que l'on appelle *Échantillon,* est remise au consommateur. Au moment où les fournitures sont faites, on rapproche la taille de l'échantillon; et on y fait, avec un couteau, des entailles transversales que l'on appelle *Coches.* C'est ainsi que la taille et l'échantillon, par leur

corrélation, se vérifient mutuellement et deviennent un moyen de preuve. Ce moyen est encore fort en usage pour constater les fournitures qui sont faites chaque jour en détail, particulièrement les fournitures de pain.

Pothier avait écrit que les tailles tiennent lieu d'écritures et font une espèce de preuve littérale. (N° 765.)

Et c'est à son exemple que le législateur du Code s'est occupé des tailles, à cette place, dans la section de notre chapitre, qui est consacré à la preuve littérale.

Il faut reconnaître pourtant que ce n'est que très-improprement qu'on peut assimiler à la preuve écrite la preuve, toute primitive et rudimentaire, qui résulte de ces signes matériels.

Ce qui est vrai, c'est que cette preuve procède, comme la preuve littérale, d'un accord conventionnel des parties, et qu'elle a ainsi le caractère d'une preuve *préconstituée;* c'est en effet par ce côté surtout qu'elle se rapproche de la preuve littérale. (Comp. *supra*, n° 225.)

666. — Les tailles corrélatives à leurs échantillons font donc foi des fournitures, qu'elles constatent;

Pleine foi ! comme un acte écrit;

Et cela, sans distinguer si le montant des fournitures n'excède pas la somme de 150 fr., au-dessus de laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise, d'après l'article 1341, ou si le montant des fournitures excède cette somme. (Comp. Boiceau, Part. II, ch. IX, 57.)

Car la preuve, qui résulte des tailles, n'est pas une preuve testimoniale, à laquelle on puisse appliquer l'article 1341.

C'est une preuve *sui generis*, qui sans être exactement une preuve par écrit, s'en rapproche pourtant plus que de la preuve par témoins.

Aussi, le texte de l'article 1332 est-il général.

667. — Mais, bien entendu, il faut, pour que les tailles fassent cette preuve, qu'elles soient *corrélatives à leurs échantillons*; c'est, en effet, dans cette corrélation

même que réside la garantie de la preuve, qui s'y attache.

Si cette corrélation n'existait pas, et si l'une des moitiés du petit bâton présentait un plus grand nombre de coches que l'autre, la preuve des fournitures ne serait faite que dans la limite de leur accord partiel et jusqu'à concurrence du moindre chiffre.

Est-ce la taille, qui a le plus grand nombre de coches?

Il est clair que le fournisseur n'a pas pu se faire un titre à lui-même; et le consommateur ne devra que le montant des fournitures qui sont marquées sur l'échantillon.

Est-ce l'échantillon, qui présente un plus grand nombre de coches?

Il en sera de même.

On présumera, dans l'un et l'autre cas, que les coches qui se trouvent en plus grand nombre, soit sur la taille que sur l'échantillon, soit sur l'échantillon que sur la taille, proviennent de quelque erreur ou accident;

Sauf, bien entendu aussi, dans l'un et l'autre cas, la preuve que les coches, qui se trouvent soit en plus sur la taille, soit en moins sur l'échantillon, proviennent d'un fait de mauvaise foi et de tromperie;

Preuve d'ailleurs, que le consommateur n'aurait pas rigoureusement à faire contre le fournisseur, qui, à défaut de corrélation entre les deux moitiés, n'aurait pas fait lui-même, comme demandeur, la preuve qui est à sa charge. (Art. 1315.)

668. — Lors même que la taille est corrélative à son échantillon, des difficultés peuvent s'élever, soit sur la signification des coches, soit sur le prix des fournitures.

C'est l'usage, qu'il faut, en cas pareil, consulter; l'usage, qui est toujours, pour le règlement de ces relations journalières et de détail, la meilleure règle et la plus sûre.

S'il s'élève, sur ce point, quelque doute, la preuve tes-

timoniale serait admissible pour l'établir; car la taille, corrélative à son échantillon, qui fait preuve complète, peut certainement fournir aussi un commencement de preuve.

669. — Voici le fournisseur qui représente la taille.

Mais le consommateur ne représente pas l'échantillon.

Quel est, dans ce cas, le droit du fournisseur?

Il faut distinguer :

Ou le consommateur se borne à dire qu'il a perdu ou égaré son échantillon, sans nier que des fournitures lui ont été faites et qu'elles ont été constatées par une taille ;

Et alors, il est clair que la taille fera foi au profit du fournisseur; car il ne saurait être victime de la négligence ou de la mauvaise foi du consommateur.

C'est pour ce cas, que la Coutume de Tournai décidait que la taille, exhibée par le demandeur, serait *tenue pour vérifiée*. (Art. 13.)

670. — Ou, au contraire, le consommateur nie qu'il ait existé une taille entre lui et le fournisseur, soit qu'il nie que des fournitures lui aient été faites, soit que, tout en reconnaissant que des fournitures lui ont été faites, il prétend qu'il les a payées comptant.

Et alors, la question peut paraître délicate.

L'article 1333, en effet, lorsqu'il décide que les tailles corrélatives à leurs échantillons, font foi entre les personnes, *qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font et reçoivent en détail*, suppose que la taille et l'échantillon sont représentés, puisqu'il statue sur le cas où il y a corrélation entre les deux.

Mais il arrive, au contraire, que la taille seule est représentée.

Y a-t-il, pour le fournisseur, qui n'a, en mains, que sa taille, un moyen d'en déduire une preuve?

Quelques jurisconsultes ont répondu que la taille, quoique dénuée de son échantillon, devait avoir la même force que le registre d'un marchand, et que, en consé-

quence, aux termes de l'article 1329, le juge pouvait déférer le serment supplétoire au défendeur, le prétendu consommateur. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 235; Bonnier, n° 760.)

Mais cette solution ne nous paraît pas admissible :

1° Parce qu'il n'existe, pour les tailles, aucune disposition semblable à celle que l'article 1329 a édictée pour les registres des marchands;

2° Parce que, en effet, grande est la différence entre les registres des marchands, qui sont soumis à des formalités spéciales, et qui offrent de sérieuses garanties, et les simples tailles, mode de preuve très-imparfait, au moyen desquelles il serait si facile au demandeur de se créer, à lui-même, un titre contre le défendeur.

Nous concluons donc que la taille, toute seule, ne pourrait autoriser ni la délation du serment supplétoire, ni l'admission de la preuve testimoniale. (Comp., Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 416; Marcadé, art. 1329, n° 3; Colmet de Santerre, t. V, n° 298 *bis*, III; Larombière, t. IV, art. 1333, n° 6.)

671. — Mais nous ajoutons que le fournisseur pourra être admis à prouver, préalablement, par témoins, l'usage qui était pratiqué entre lui et le défendeur, de constater ainsi les fournitures, que l'un faisait et que l'autre recevait.

L'admissibilité de la preuve testimoniales, même seulement à cet effet, est elle-même pourtant contestée.

C'est ainsi que M. Larombière enseigne que cette preuve ne sera admissible que dans le cas où le montant réclamé des fournitures n'excéderait pas la somme de 150 fr., ou encore dans le cas où la nature commerciale des fournitures rendrait la preuve par témoins admissible à l'égard de l'autre partie. (Art. 1341, Cod. Nap.; art, 109 Cod. de comm.)

En dehors de ces deux cas, le savant auteur écrit que :

« La partie, qui représente la taille, ne peut, sans un commencement de preuve par écrit, établir qu'elle était, ainsi que son adversaire, dans l'usage de se servir d'une taille, pour constater les fournitures et prestations faites. Autrement, dit-il, le créancier arriverait indirectement à prouver par témoins une obligation, dont la preuve ne pourrait être ainsi directement administrée. » (T. IV, art. 1333, n° 5.)

Nous ne pensons pas que cet argument soit fondé :

1° En effet, qui veut la fin, veut les moyens ; et lorsque la loi admet un certain mode principal de preuve, elle doit être présumée admettre, en même temps, les modes accessoires, sans lesquels le mode de preuve, qu'elle consacre, ne pourrait pas être fourni;

Or, il est clair que le mode de preuve, par les tailles, serait, ou du moins pourrait devenir illusoire, s'il suffisait au consommateur, en refusant de représenter son échantillon, d'alléguer qu'il n'a pas été dans l'usage de constater ainsi les fournitures qui lui étaient faites.

Il faudrait donc préalablement qu'un acte écrit fût dressé, entre les parties, pour constater la preuve de cet usage et de leurs habitudes!

2° Mais, précisément, la pratique des tailles n'a jamais admis cette nécessité, qui serait essentiellement contraire à ce mode simple et primitif de preuve.

De quoi donc finalement s'agit-il ?

Il s'agit d'un fait, de la preuve d'un fait, dont les parties n'ont pas pu, ou mieux encore, comme dit M. Colmet de Santerre, n'ont pas dû, d'après la loi elle-même, se procurer une preuve par écrit.

Donc, aux termes de l'article 1348, il y a lieu d'admettre la preuve par témoins du fait même de l'usage où étaient les parties de se servir d'une taille.

On a écrit, il est vrai, que « ce genre de preuve, tout patriarcal, puise son unique force dans la bonne foi des parties. » (Taulier, t. IV, p. 495.)

Mais, pourtant, il ne faut pas que nous laissions absolument l'une d'elles à la merci de la mauvaise foi de l'autre! (Comp. Toullier, t. V, n° 409; Marcadé, art. 1333, n° 3; Colmet de Santerre, t, V, n° 298 *bis*, IV.)

672. — La restitution volontaire de la taille, faite par le fournisseur au consommateur, fait certainement preuve de la remise de la dette, comme la restitution d'un titre écrit. (Arg. des art. 1282, 1283.)

673. — Mais, en sens inverse, faut-il décider que la possession de la taille, par le fournisseur, lorsque l'échantillon est resté et se retrouve en la possession du consommateur, empêche celui-ci de pouvoir opposer la prescription de six mois ou d'un an, édictée par les articles 2271 et 2272?

Duranton professe la solution affirmative :

« Lorsque l'échantillon est produit, dit le savant auteur, par exemple, parce que, en cas de faillite ou après décès, il a été mis sous scellé, on peut soutenir que, corrélatif à la taille, il forme une reconnaissance de la dette, une sorte de compte arrêté entre les parties. En effet, si les fournitures avaient été acquittées, on aurait détruit la taille et l'échantillon, du moins cela est présumable, parce que cela se fait ordinairement ainsi; or, comme la prescription de six mois ou d'un an n'est fondée que sur la présomption de payement, on peut, selon nous, prétendre qu'elle n'a pas couru dans l'espèce. » (T. XIII, n° 236.)

Cette solution est aussi celle de Taulier. (T. IV, p. 495, 496).

Et on ne saurait nier qu'elle repose sur un argument très-spécieux. (Comp. le second alinéa de l'article 2274.)

Notre avis est pourtant qu'elle ne doit pas être admise :

L'article 1333, en effet, dispose uniquement que les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi des four-

nitures... ; il leur attribue une force probante; mais il ne va pas au delà.

Ce serait donc ajouter à sa disposition et la dépasser, que d'y voir, comme on le prétend, une sorte *d'arrêté de compte* entre les parties, qui changerait le caractère et la durée de la prescription, à laquelle la dette des fournitures est soumise; de sorte que cette dette continuerait de subsister, au moins pendant trente ans, à quelque époque que fussent ensuite retrouvés la taille et l'échantillon.

Une telle conséquence serait, suivant nous, excessive.

Ce n'est que très-improprement, comme nous l'avons remarqué, que la preuve par les tailles est assimilée à la preuve littérale; elle est une preuve à part, et toute spéciale; une preuve, disons-nous, qui établit bien que les fournitures ont été faites, mais qui n'implique, par elle-même, aucun arrêté de compte.

M. Larombière ajoute fort justement : il reste donc encore à l'établir. (T. IV, art. 1333, n° 8.)

Remarquons enfin que, aux termes même du premier alinéa de l'article 2274 :

« La prescription, dans les cas ci-dessus (des articles 2271 et 2272), a lieu, quoiqu'il y ait eu continuation de fournitures, livraisons, services ou travaux. »

Le fournisseur pourrait donc seulement, en cas pareil, déférer au consommateur ou à ses héritiers, le serment dans les termes de l'article 2275.

674. — On avait, dans notre ancien Droit, mis en question si la taille fait foi contre les tiers, c'est-à-dire contre les autres créanciers du débiteur commun, en cas de faillite ou de déconfiture;

Si, disons-nous, elle fait foi de la date des fournitures, de manière à ce que les fournisseurs puissent exercer, à l'encontre de la masse des créanciers, le privilége, qui est attaché à ces sortes de créances.

Boiceau tenait pour l'affirmative (Part. II, chap. IX, § 7);

Tandis que Danty, au contraire, ne voulait accorder aucune force probante à la taille contre les tiers. (*Additions* sur le chapitre précité.)

La même dissidence s'est reproduite sous notre Droit nouveau.

Quelques jurisconsultes, en effet, professent que l'article 1328 est applicable aux tailles, et que la preuve, qui en résulte, n'est opposable aux tiers, qu'autant qu'elles ont acquis une date certaine, conformément à ce texte.

C'est ainsi que Marcadé a écrit que « cette espèce d'écriture par signes pourrait quelquefois acquérir date certaine vis-à-vis des tiers; car un échantillon pourrait être mis sous scellé et être mentionné dans un inventaire indiquant le nombre des coches qui s'y trouve. » (Art. 1333, n° 1.)

M. Bonnier avait aussi admis cette doctrine; mais il s'en est ensuite départi. (N° 759.)

Et très-justement, suivant nous.

L'article 1328, en effet, dans son texte même, n'est relatif *qu'aux actes sous seing privé*, c'est-à-dire à la preuve littérale véritable.

La nécessité même l'exige ainsi, puisque le moyen qu'il indique, pour donner aux actes une date certaine, le moyen régulier, l'enregistrement, est impraticable, en ce qui concerne les modes de preuve, qui ne sont pas susceptibles de la formalité de l'enregistrement, et notamment les tailles!

La preuve, qui est à fournir, dans ce cas, c'est donc la preuve d'un fait;

La preuve d'un fait, dont les parties n'ont pas pu, et n'ont même pas dû se procurer une preuve par écrit. (Comp. *supra*, n° 671.)

Nous concluons donc que c'est là une question, qu'il appartient aux magistrats de décider, suivant les circonstances, eu égard au caractère plus ou moins grand de

bonne foi et de sincérité, qu'ils y reconnaissent, et qu'ils ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si la preuve des fournitures est suffisamment faite à l'égard des tiers. (Comp. Toullier, t. VII, n° 410.)

§ VI.

DES COPIES DE TITRES.

SOMMAIRE.

675. — Transition.
676. — Les règles, qui concernent les copies de titres, ne sont applicables qu'aux titres authentiques. — Explication.
677. — La règle, en cette matière, est que la représentation du titre original peut toujours être exigée.
678. — Suite.
679. — Suite.
680. — Suite.
681. — Suite.
682. — Suite.
683. — Suite.
684. — Suite.
685. — Suite.
686. — Suite.
687. — Suite. — L'article 1334 est-il applicable aux actes de l'état civil? — Renvoi.
688. — Du cas où il est prouvé que le titre original n'existe plus. — Exposition des distinctions suivant lesquelles les copies peuvent avoir force probante.
689. — A. — Des copies, qui font la même preuve que le titre original.
690. — Suite.
691. — Suite.
692. — Suite.
693. — Suite.
694. — Suite.
695. — B. — Des copies, qui ne peuvent former qu'un commencement de preuve par écrit.
696. — Suite.
697. — C. — Des copies, qui ne peuvent servir que de simples renseignements.
698. — Suite.
699. — De la transcription d'un acte sur les registres publics.
700. — Suite.
701. — Faut-il étendre à l'enregistrement de l'acte la disposition que l'article 1336 applique à la transcription?

675. — Nous nous sommes, jusqu'à présent, occupé de la foi, qui est due aux originaux mêmes des titres.

Les copies des titres peuvent-elles aussi faire foi? — Dans quels cas et sous quelles conditions?

C'est ce que nous avons maintenant à examiner.

676. — Il bien entendu, d'abord, que cette nouvelle étude ne concerne que les titres authentiques.

Quant aux actes sous-seing privé, comme ils tirent uniquement leur force probante, ainsi que leur dénomination même l'indique, de la propre signature des parties, il est évident qu'aucune copie ne saurait remplacer l'original.

Aucune copie, disons-nous, lors même que la copie, qui en serait produite, aurait été faite et attestée conforme à l'original, par un officier public; d'autant plus qu'aucun officier public, en effet, n'a qualité pour dresser des copies de cette sorte.

Aussi, l'intitulé de cette section ne vise-t-il que les copies de *titres;* et nous avons remarqué que le législateur semble réserver spécialement cette qualification aux actes authentiques. (*Supra*, n° 222.)

Il faut excepter, toutefois, les copies des actes sous seing privé, qui auraient été régulièrement déposés dans une étude de notaire; ce dépôt même leur communiquant le caractère de l'authenticité, les copies qui en seraient tirées par le notaire, pourraient faire foi, suivant les distinctions, que nous allons expliquer.

677. — Les dispositions de notre Code, sur cette matière, sont presque entièrement la reproduction de la doctrine de Pothier, qui avait lui-même emprunté, en grande partie, cette doctrine à Dumoulin (n°s 766 et suiv.)

La première règle, qui la gouverne, est posée par l'article 1334, en ces termes :

« Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font « foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représen- « tation peut toujours être exigée. »

Rien de plus logique et de plus équitable.

D'où la copie d'un titre peut-elle seulement tirer sa force probante ?

De sa conformité exacte avec l'original de ce titre.

Or, il se peut que des inexactitudes, des erreurs, des fraudes même, y aient été commises.

Par conséquent, lorsque vous m'opposez la copie de votre titre, c'est mon droit le plus évident de vous demander la représentation de votre titre même, afin que je puisse vérifier, en effet, si cette conformité est exacte.

C'est pourquoi l'article 1334 accorde ce droit au défendeur, de la manière la plus absolue :

« ....*La représentation* (du titre original), dit-il, *peut toujours être exigée.*

C'était la règle de Dumoulin :

« *Semper oportet ostendi originale,...* » (Cout. de Paris, Tit. VI, § 8, n° 32.)

678. — Il n'y a donc à faire aucune distinction entre les diverses espèces de copies.

C'est une grosse revêtue de la formule exécutoire, qui est produite; — elle est certifiée conforme à l'original; — elle est légalisée par l'officier public compétent.

Bien plus! elle a été tirée en présence des parties, et après qu'elles avaient été régulièrement appelées pour y être présentes.

Il n'importe!

J'ai *toujours* le droit de demander la représentation de l'original;

Quelle que soit aussi l'ancienneté de la copie ou de l'expédition.

679. — Est-ce la peine de dire que celui, à qui la copie d'un titre est opposée, n'a pas besoin de s'inscrire en fanx pour soutenir qu'elle n'est pas conforme à l'original?

Il n'a rien de pareil à soutenir.

Je demande à voir l'original ! voilà ce qu'il lui suffit de dire.

680. — Et il n'a pas à justifier non plus, ni à expliquer cette demande, en prétendant qu'il existe des différences entre l'original et la copie; ce qui lui serait impossible, s'il s'agit de l'original d'un titre qu'il ne connaît pas, et qu'il n'a jamais vu.

C'est indépendamment de tout motif de suspicion, que le défendeur peut demander la représentation du titre original.

En vain donc, on affirmerait que cette demande n'est faite par lui que pour gagner du temps, pour entraver le cours de la justice ; et que la copie, qui est produite, présente toutes les garanties de la plus parfaite conformité avec l'original.

Les magistrats ne pourraient pas, à supposer même que cette affirmation leur parût exacte en fait, décider en droit qu'il n'y a pas lieu à la représentation demandée de l'original. (Comp. Cass., 15 juill. 1829, Sirey, 1829, I, 305; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 417; Bonnier, n° 793; Larombière, t. IV, art. 1334, n° 4.)

681. — Il est clair, toutefois, que la partie peut renoncer au droit de demander la représentation de l'original, et accepter la copie comme conforme.

C'est sans doute ainsi qu'il faut entendre ce passage de M. Larombière, qui a écrit que :

« Si les différences signalées entre la copie et le titre étaient insignifiantes, il y aurait lieu de passer outre. » (T. IV, art. 1334, n° 3.)

Le défendeur n'a pas à signaler de différences entre la copie et le titre. (*Supra*, n° 680.)

Ce qui peut arriver seulement, c'est que l'on décide qu'il reconnaît la conformité de la copie avec l'original, par cela même qu'il ne signalerait, entre l'un et l'autre, que des différences insignifiantes. (Comp. Cass., 17 déc. 1838, Noury, Dev., 1839, I, 317.)

682. — A plus forte raison, la partie qui réclame la représentation de l'original, pourrait-elle être obligée de prendre droit, d'après la copie qu'on lui oppose, si c'était par son fait que l'original eût disparu. (Arg. de l'art. 1382; comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. IV, n° 70; Cass., 3 mai 1841, Dugarric, Dev., 1841, I, 720.)

683. — Notre texte ne subordonne le droit d'exiger la représentation du titre original, qu'à une seule condition; à savoir : que ce titre subsiste.

A l'impossible nul n'est tenu!

Et c'est, en effet, lorsque cette impossibilité a été constatée, que s'élève la question de savoir si les copies peuvent faire foi, et sous quelles conditions.

684. — C'est évidemment à celui, qui devait, pour faire sa preuve, produire le titre original, qu'incombe la charge de prouver que le titre original ne subsiste plus.

Car il est, en ceci, demandeur; et c'est lui, qui affirme.

685. — Mais en quoi consiste cette preuve, qu'il doit fournir?

On est généralement d'accord pour reconnaître que la partie, qui ne produit qu'une copie, n'est pas tenue de prouver précisément le fait ou l'accident quelconque, qui aurait pu causer la perte ou la destruction du titre original, et qu'il lui suffit d'établir que ce titre ne se trouve pas dans le lieu, où le dépôt a dû en être effectué.

L'article 1334, dans la généralité de ses termes, ne lui impose pas un certain genre de preuve déterminé.

Et on doit, dès lors, l'entendre en ce sens, qu'il ne lui impose que la preuve, telle qu'il lui est, en général, seulement possible de la faire. Comment, en effet, cette partie pourrait-elle, le plus souvent, prouver directement le fait même, par suite duquel, dans un passé peut-être très-reculé, le titre original aurait cessé d'exister! Ce titre que l'on ne retrouve plus à l'endroit, où il devrait être, est bien à considérer comme un titre perdu.

(Comp. Cass., 10 nov. 1830, Sirey, 1830, I,398 ; Duranton, t. XIII, n° 246; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 417; Larombière, t. IV, art. 1334, n° 6.)

686. — C'est pourquoi nous pensons qu'il en serait de même dans le cas où le titre original, se trouvant entre les mains d'un officier public étranger, ne pourrait pas être représenté devant les tribunaux français;

Sauf aux magistrats à ordonner telles mesures, qu'ils croiraient utiles et praticables pour s'assurer que la copie, qui est produite, est conforme à l'original. (Comp. Cass., 9 nov. 1846, Aiges, Dev., 1847, I, 56; Larombière, t. IV, art. 1334, n° 3.)

687. — L'article 1334 est-il applicable aux actes de l'état civil?

En d'autres termes, si la conformité de la copie, de *l'extrait*, qui est produit, avec le registre, est contestée, la représentation du registre lui-même peut-elle être exigée?

Cette question est controversée.

Nous avons exposé ailleurs les motifs, qui nous portent à la résoudre par la négative. (Comp. notre *Traité des Actes de l'état civil*, n° 318.)

688. — Supposons donc maintenant qu'il est prouvé que le titre original n'existe plus.

Comment et suivant quelles distinctions les copies, qui sont produites de ce titre, pourront-elles faire preuve?

Voici la réponse dans l'article 1335 :

« Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font « foi d'après les distinctions suivantes :

« 1° Les grosses ou premières expéditions font la « même foi que l'original. Il en est de même des copies, « qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties « présentes ou dûment appelées; ou de celles qui ont été « tirées en présence des parties et de leur consentement « réciproque.

« 2° Les copies, qui, sans l'autorité du magistrat, ou

« sans le consentement des parties, et depuis la déli-
« vrance des grosses ou premières expéditions, auront
« été tirées sur la minute de l'acte, par le notaire, qui
« l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par offi-
« ciers publics, qui, en cette qualité, sont dépositaires
« des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original,
« faire foi, quand elles sont anciennes.

« Elles sont considérées comme anciennes, quand elles
« ont plus de trente ans.

« Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent
« servir que de commencement de preuve par écrit.

« 3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte
« ne l'auront pas été par le notaire, qui l'a reçu, ou par
« l'un de ses successeurs, ou par officiers publics, qui, en
« cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne
« pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de
« commencement de preuve par écrit.

« 4° Les copies de copies peuvent, suivant les circon-
« stances, être considérées comme simples renseigne-
« ments. »

On voit que le législateur reconnaît trois classes ou catégories de copies :

A. Celles qui font la même preuve que l'original;

B. Celles qui peuvent former seulement un commencement de preuve par écrit;

C. Celles qui ne peuvent servir que de simples renseignements.

Cette progression décroissante d'autorité s'explique par le degré plus ou moins grand de confiance qu'elles méritent, soit en raison du caractère de l'officier public, qui les a tirées, soit en raison de leur ancienneté.

689. — A. La première classe comprend les copies suivantes :

1° Les grosses ou premières expéditions.

La grosse est la première expédition, revêtue de la formule exécutoire.

La délivrance de la grosse est, en quelque sorte, la continuation et le complément de la mission de l'officier public qui a reçu l'acte, et qui atteste, *propriis sensibus*, de *visu*, en même temps que l'existence et la sincérité du titre original, la conformité de l'expédition avec le titre; — cette délivrance est contemporaine du titre même; et elle a lieu du consentement, exprès ou tacite, de toutes les parties, auxquelles elle est nécessaire pour l'exécution de leurs conventions; — la grosse étant revêtue de la formule exécutoire, on est autorisé à croire qu'elle a été copiée avec d'autant plus de soin. — Il faut ajouter enfin que cette première expédition ayant été une fois remise à la partie, il ne peut plus lui en être délivré une autre dans la forme exécutoire, sans l'accomplissement de certaines formalités. (Comp. art. 26 de la loi du 25 ventôse an XI sur le Notariat; art. 844 du Code de Procéd.)

Autant de motifs qui méritent à la grosse la pleine foi qui lui est attribuée.

690. — Cette pleine foi doit-elle aussi être attribuée aux premières expéditions, qui ne sont pas revêtues de la formule exécutoire?

M. Larombière est d'avis que ces mots de l'article 1335 : *grosses ou premières expéditions*, désignent une seule et même espèce de copies; à savoir : les premières expéditions, qui sont revêtues de la formule exécutoire. (T. IV, art. 1335, n° 1.)

Si le nouveau législateur, dit-il, a employé, en même temps, ces deux expressions, c'est que, autrefois, on disait : *grosse*, dans les pays de coutume; et *première expédition*, dans les pays de droit écrit, pour désigner, également, la première expédition revêtue de la formule exécutoire; et il a voulu, en conséquence, comprendre dans son texte les deux dénominations anciennes; il les y a donc comprises comme synonymes; et la preuve en est aussi dans l'article 854 du Code de Procédure, qui

porte qu'*une seconde expédition exécutoire* d'un jugement ne sera délivrée à la même partie qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal où il aura été rendu. (Comp. Bretonnier, *Quest. de Droit*, v° *Grosse*, t. I, p. 289 et 293; Ferrières, *Science parfaite du notaire*, liv. XVI, ch. I.)

On peut ajouter que la première expédition non revêtue de la formule exécutoire n'offre pas, en effet, les mêmes garanties que la grosse.

L'interprétation contraire, toutefois, semble être plus généralement admise.

Est-ce que, en effet, les *premières expéditions*, même celles dans lesquelles la formule exécutoire ne se trouve pas, comme lorsqu'il s'agit d'un acte, qui n'est pas destiné à être exécuté, tel que celui qui constate une reconnaissance de servitude, n'ont pas pu être mises, par le législateur, sur la même ligne que les grosses? (Comp. Cass. 17 messidor an X; Bonnier, n° 797; Toullier, t. VI, n°s 424, 425; Duranton, t. XIII, n° 243; *Encyclopédie du Droit*, v° *Copies de pièces*, n° 2.)

Mais dans ce système il faut que l'expédition, qui est produite comme la première, porte la mention, qu'elle a été effectivement tirée la première.

691. — 2° Les copies, qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées. (Comp. Cass., 22 déc. 1842, De Chalais, Dev., 1843, I, 141.)

« Ce sont les *copies en forme*, » disait Pothier. (N° 767.)

Et il ajoutait que ces copies, qui, à l'égard des personnes, qui y ont été présentes ou dûment appelées, font la même foi que l'original, n'ont, à l'égard des autres personnes, qui n'y ont été ni présentes ni appelées, que l'effet que peuvent avoir celles faites sans partie présente ni appelée. (N° 769.)

Ce qui est incontestable.

692. — Il faut évidemment comprendre, dans la

classe des copies tirées par l'autorité du magistrat, les copies que les notaires doivent faire dresser, aux termes de l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XII.

Cet article est ainsi conçu :

« Les notaires ne pourront se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et en vertu d'un jugement.

« Avant de s'en dessaisir, ils en dresseront et signeront une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le président et le commissaire civil du tribunal de leur résidence, sera substituée à la minute, dont elle tiendra lieu jusqu'à sa réintégration. »

D'où il suit que ces copies *figurées* font la même foi que la minute, puisqu'*elles en tiennent lieu;*

Et cela, même sans que les parties aient été présentes ni appelées. (Comp. Larombière, t. IV, art. 1335, n° 5; Bonnier, n° 801.)

693. — 3° Les copies qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

Les parties ont, en effet, alors reconnu elles-mêmes la conformité de la copie avec le titre original.

Et l'adhésion, expresse ou tacite, de celles qui auraient eu intérêt à la contester, ne leur permet pas ensuite de la méconnaître.

694. — 4° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, ont été tirées, sur la minute de l'acte, par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes; — lorsqu'elles sont anciennes; — et elles sont considérées comme anciennes, quand elles ont plus de trente ans.

Deux conditions sont donc, alors, nécessaires; à savoir :

1° Que la copie ait été tirée par un officier public, légalement dépositaire de la minute;

2° Que cette copie ait plus de trente ans de date.

Pourquoi?

Est-ce que la copie, qui a été tirée par un officier public, en vertu de la mission qui lui en est conférée par la loi, n'offre pas de suffisantes garanties de sa conformité avec l'original?

Il serait difficile de le nier absolument.

Mais il faut remarquer que cette copie n'a été tirée ni par l'autorité du magistrat ni du consentement de toutes les parties intéressées, et que la partie qui n'y a été ni présente ni appelée, était peut-être précisément celle qui aurait eu le plus d'intérêt à vérifier la conformité de la copie avec le titre original. (Comp. Pothier, n° 771.)

Tel est le motif qui a fait exiger la seconde condition de l'ancienneté de la copie ; c'est la crainte de quelque complaisance coupable ou d'une collusion frauduleuse.

Et c'est aussi ce qui explique la nature de cette garantie supplémentaire, que l'on y exige, parce que, en effet, l'ancienneté même de la copie écarte, autant que possible, les suspicions de ce genre, et qu'il n'est pas à présumer qu'une copie d'une telle date, dans le passé, ait été préparée d'avance pour la contestation actuelle, dans laquelle elle est produite. (Comp. *supra*, n° 301.)

L'ancienneté de la copie résultera tout naturellement de sa date.

A défaut de date, la preuve pourrait en être fournie par témoins et par présomptions. (Comp. Cass., 10 nov. 1830, Dev., 1830, I, 398.)

Voilà les copies du *premier degré*, qui font la même preuve que le titre original. (*Supra*, n° 686.)

695. — B. Voici maintenant les copies du *second degré*, qui ne peuvent former qu'un commencement de preuve par écrit :

1° Les copies, dont nous venons de nous occuper, lorsqu'elles ont moins de trente ans. (*Supra*, n° 694.)

Mais pourtant, aux termes de l'article 1347, le principe est que le commencement de preuve par écrit doit émaner de la partie à laquelle il est opposé?

Il est vrai! et l'article 1335 consacre, en effet, une exception notable à ce principe.

Mais le législateur a considéré, avec raison sans doute, qu'il y avait là, dans cette copie délivrée par un officier public, quoiqu'en l'absence de la partie adverse, une présomption d'exactitude suffisamment rassurante, et qui égalait bien la force d'un simple commencement de preuve par écrit.

Il y aura donc lieu d'admettre la preuve testimoniale; (Art. 1347.)

Et aussi les présomptions. (Art. 1353; comp. Cass., 16 fév., 1837, Coste, Dev., 1837, I, 642.)

696. — 2° Les copies tirées sur la minute d'un acte, lorsqu'elles ne l'ont pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes.

L'officier public, en effet, dans ce cas, peut bien attester la conformité de la copie, qu'il dresse, avec le titre original, qui lui est présenté.

Mais ce titre original est-il vrai? — N'a-t-il pas été altéré, falsifié?

Voilà ce dont il ne peut pas répondre, *propriis sensibus*; et il est exposé à devenir l'instrument d'une fraude, malgré sa bonne foi personnelle. (Comp. toutefois l'article 245 du Code de Procédure.)

Ce qu'il y a lieu de demander ici seulement, c'est à savoir comment il se peut faire qu'un officier public, qui n'est pas dépositaire légal de la minute, ait qualité pour délivrer une copie, qui puisse faire une foi quelconque, en cas de perte de l'original.

Une copie délivrée par un simple particulier ne ferait, bien entendu, aucune foi!

Or, est-ce que tel n'est pas aussi le cas d'un officier

public, qui n'était pas dépositaire légal de la minute, dont il a tiré une copie?

La réponse à cette objection est historique.

Dans notre ancien Droit, vers le seizième siècle, il n'était pas défendu aux notaires de se dessaisir de leurs minutes; et les actes les plus importants étaient souvent délivrés en brevet; de sorte que les parties, pouvaient, ensuite, en faire faire des copies par le notaire qu'il leur plaisait de choisir.

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, puisque l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de se dessaisir d'aucune minute. (*Supra*, n° 692.)

Mais cette disposition de l'article 1335 est encore, sans doute, dans notre Code, un vestige de l'ancien usage.

Et c'est là ce qui peut expliquer comment une telle copie, délivrée par un officier public, qui n'avait pas qualité à cet effet, peut néanmoins former un commencement de preuve par écrit; ce n'est pas alors, en effet, un simple particulier, mais bien toujours un officier public.

Il faut donc supposer, pour que cette disposition de l'article 1335, reçoive une application, qu'il s'agit de la copie d'un acte délivré en brevet, ou qu'une infraction à l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI a été commise par le notaire qui a reçu l'acte.

697. — C. Reste enfin la troisième classe de copies, qui ne peuvent servir que de simples renseignements. (*Supra*, n° 686.)

Ce sont les copies de copies.... *exemplum exempli*, disait Dumoulin. (Cout de Paris, titre, VI, § 8, n° 33.)

L'officier public, dans ce cas, n'a pas pu attester, *propriis sensibus*, l'existence et la sincérité du titre original; il n'a même pas pu écrire, dans sa copie, un simple : *vidimus*, suivant l'usage des praticiens d'autrefois. (Comp. de Fréminville, *Livre universel des Terriers*, t. III.)

Ce titre original, il ne l'a pas vu, en effet!

Et ce n'est que sur une copie, qu'il a lui-même tiré sa copie.

Mais la première copie était-elle conforme à l'original?

Double cause d'incertitude!

Ne se peut-il pas même que la première copie ait été tirée sur un titre faux, que l'on aurait ensuite frauduleusement supprimé!

Aussi, notre texte dispose-t-il que ces copies de copies ne peuvent servir que de *simples renseignements;*

Et cela, lors même que la première copie, dont on tire une nouvelle copie, semblerait présenter toutes les garanties désirables; cette première copie fût-elle une grosse « .... *etiam si esset sumptum de exemplo solemnissime exemplato cum vero, et publico, et judice auctore,* » (Dumoulin, *loc. supra cit.*, n° 32.)

698. — Mais quel est le sens de ces mots : *simples renseignements?* et qu'en faut-il conclure, quant à la force probante?

A-t-on voulu dire que les magistrats pourront prendre en considération la copie de copie, dans les cas où la loi admet les présomptions, qu'elle abandonne à leurs lumières et à leur prudence? (Art. 1353.)

Cela était inutile à dire; et la disposition ainsi entendue, serait complétement inutile, puisqu'il est d'évidence que les magistrats, en cas pareil, peuvent tenir compte de tous les éléments, qui sont de nature à les éclairer.

Faut-il, en conséquence, décider que les simples renseignements pourront autoriser l'admission de la preuve testimoniale?

Cela paraît bien impossible! car ils n'ont pas le caractère d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347); et la comparaison des numéros 2 et 3 de l'article 1335 témoigne clairement que le législateur ne les a pas considérés comme tels et n'a pas entendu y attacher le même effet.

Mais enfin, pourtant, il a entendu, puisqu'il a employé cette expression, y attacher un effet quelconque?

En cet état, on paraît être généralement d'accord pour reconnaître que l'effet de ces simples renseignements sera d'autoriser les magistrats à déférer le serment supplétoire, cette dernière à toutes les preuves! (Art. 1367; comp., Bonnier, n° 801; Marcadé, art. 1335, n° 4; Colmet de Santerre, t. V, n° 304 *bis*.);

En exceptant, bien entendu, le cas où les parties auraient, de part et d'autre, reconnu et accepté la copie de la copie. (Comp., *supra*, n° 610; Cass., 17 déc. 1838, Noury, Dev., 1839, I, 317.)

699. — Il est, toutefois, une espèce particulière de copies de copie, pour laquelle la loi fait exception à la règle, qui précède.

L'article 1336 est, en effet, ainsi conçu :

« La transcription d'un acte sur les registres publics « ne pourra servir que de commencement de preuve par « écrit; et il faudra même pour cela :

« 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du no- « taire de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été « fait, sont perdues, ou que l'on prouve que la perte « de la minute de cet acte a été faite par un accident « particulier; »

« 2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, « qui constate que l'acte a été fait à la même date.

« Lorsque, au moyen du concours de ces deux cir- « constances, la preuve par témoins sera admise, il sera « nécessaire que ceux, qui ont été témoins de l'acte, « s'ils existent encore, soient entendus. »

Ce n'est là, en effet, qu'une copie de copie; car elle n'est faite que sur une expédition de l'acte, puisqu'on ne représente pas la minute au conservateur des hypothèques. (Comp., art. 939, 1069, 2181; loi du 23 mars 1855.)

Et pourtant, elle va pouvoir servir de commencement

de preuve par écrit, pour faire admettre la preuve testimoniale et les présomptions.

Il est vrai!

Mais c'est que le caractère spécial de cette copie de copie, et les circonstances particulières, dans lesquelles elle est tirée, rendent tout à fait vraisemblable qu'elle a éte tirée sur un vrai titre original et qu'elle y est conforme.

La transcription est, en effet, la copie entière et littérale d'un acte sur des registres publics; ce n'est pas un simple extrait, ni une analyse.

Elle est faite par un officier public, chargé spécialement de cette fonction, le plus ordinairement aussi sur la grosse, à une époque très-rapprochée de la confection même de l'acte.

Si on ajoute à ces circonstances, les conditions que la loi exige en outre, il sera facile de comprendre pourquoi ces sortes de copies méritent plus de confiance que les autres.

Ces deux conditions étaient déjà exigées, dans notre ancien Droit, quant à la foi que pouvaient obtenir les copies des actes transcrits sur le registre des insinuations. (Comp. Pothier, n° 773.)

Et c'est très-sagement, sans doute, que le législateur nouveau les a maintenues.

700. — Ces conditions, du reste, sont telles, qu'il est évident que la disposition de l'article 1336 ne saurait être applicable à la transcription d'un acte sous seing privé.

Non seulement le texte y résiste; mais aussi la raison même du texte!

Est-ce que le conservateur pouvait vérifier la sincérité des signatures portées sur l'acte qu'on lui présentait ?

En aucune manière!

Et, par conséquent, on serait alors destitué de toute garantie contre les erreurs et fraudes qui, malgré l'officier public, et à son insu, pourraient y être commises! (Comp. Lyon, 22 févr. 1831, Dev. 1831, II, 280; Aix,

21 févr. 1840, Lançon, Dev. 1850, II, 570; Duranton, t. XIII, n° 255; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, t. IV, n° 3812; Marcadé, art. 1336, n° 11, note 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 418; Colmet de Santerre, t. V, n° 305 *bis*, 11.)

701. — Faut-il étendre à *l'enregistrement* de l'acte la disposition, que l'article 1336 applique à la *transcription?*

On a répondu affirmativement. (Comp. Cass., 16 févr. 1837, Coste, Dev. 1842, I, 642; Duranton t. XIII, n° 255; Rolland de Villargues, Répert. du notariat, v° *Perte de titre*, n° 17.)

Mais cette solution est, suivant nous, inadmissible.

Et nous en dirons ce que nous venons de dire d'une solution précédente, que nous avons aussi combattue, qu'elle est, en même temps, contraire au texte de la loi et au motif sur lequel il est fondé :

Au texte, parce qu'il vise seulement la transcription, et non pas l'enregistrement;

Au motif, parce que la différence est très-grande entre la transcription, qui est la copie entière de l'acte, et l'enregistrement, qui n'en présente qu'un extrait.

Ajoutons que la disposition de l'article 1336, qui considère comme un commencement de preuve par écrit, une copie qui n'émane pas de la partie, à laquelle elle est opposée, constitue une exception notable au Droit commun, et qu'elle ne saurait être interprétée d'une manière extensive.

Aussi, ne devrait-on pas appliquer l'article 1336 à l'enregistrement de l'acte, lors même que cet acte aurait été transcrit, en entier, sur les registres de l'Administration de l'enregistrement. (Comp. Grenoble, 5 juillet 1845, Lombard, Dev. 1846, II, 287; Aix, 21 févr. 1840, Lançon, Dev. 1850, II, 570; *Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Rapport au tribunat*, par Jaubert, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 283 et 403;

Toullier, t. VII, n° 72; Bonnier, n° 805; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 418; Colmet de Santerre, t. V, n° 305 *bis* III; Larombière, t. IV, art. 1336, n° 7.)

§ VII.

DES ACTES RÉCOGNITIFS.

SOMMAIRE.

702. — Exposition. — Définition.
703. — Deux règles principales, en ce qui concerne l'acte récognitif, résultent de l'article 1337. — Division.
704. — A. — L'acte récognitif ne dispense pas de la représentation du titre primordial. — Observation critique. — Historique.
705. — Suite.
706. — Suite.
707. — L'acte récognitif, s'il ne dispense pas de la représentation du titre primordial, peut servir de commencement de preuve par écrit, afin d'établir, par témoins et par présomptions, l'existence de l'obligation antérieurement contractée.
707 *bis*. — L'article 1337 ne fait pas obstacle à ce que, dans certains cas, l'acte récognitif dispense de la représentation du titre primordial.
708. — Suite.
709. — Suite.
710. — Suite.
711. — Du cas où la teneur du titre primordial se trouve spécialement relatée dans l'acte récognitif.
712. — Suite.
713. — Suite.
714. — Suite.
715. — B. — Ce que l'acte récognitif contient de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. — Explication. — Exemple.
716. — Suite.
717. — Suite.
718. — Suite.
719. — Les actes récognitifs ne peuvent être consentis que par une personne, qui a la capacité de s'obliger.
720. — Est-il nécessaire que l'acte récognitif soit le résultat d'une convention entre les deux parties?

702. — L'article 1337 est ainsi conçu :

« Les actes récognitifs ne dispensent pas de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur « n'y soit spécialement relatée.

« Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primor-
« dial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. »

« Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une ait trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. »

Le titre récognitif est celui par lequel un débiteur reconnaît l'existence d'une obligation préexistante, déjà constatée par un acte antérieur, et se soumet de nouveau à son exécution.

Tel est le sens technique de ces mots : *acte récognitif*, lorsqu'ils sont opposés aux mots : *titre primordial*. (Comp. *supra*, n° 677.)

Ces sortes d'actes ont pour but de *rajeunir* le titre ancien, et même parfois de le remplacer.

Ils sont aussi souvent employés, afin d'interrompre la prescription des droits constitués par le titre primordial. (Comp. art. 695, 2263.)

Et c'est notamment lorsqu'il s'agit d'empêcher l'extinction des redevances ou prestations annuelles, qu'ils sont usités. (Comp. Encyclopédie du Droit, v° *Actes récognitifs*, article de M. Teste, n° 1.)

703. — Deux règles principales résultent de notre texte; à savoir :

A. L'acte récognitif ne dispense pas de la réprésentation du titre primordial;

Si ce n'est dans deux cas :

1° Lorsque la teneur de ce titre y est spécialement relatée;

2° Lorsqu'il y a plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une a trente ans de date;

B. Ce que l'acte récognitif contient de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet.

704. — A. Notre première règle est, disons-nous,

que l'acte récognitif ne dispense pas de la représentation de l'acte primordial.

Mais pourquoi donc?

L'aveu de la partie est certainement la meilleure de toutes les preuves; il fait pleine foi! (Comp. art. 1350, 4°; 1356; ajout. art. 695, 1320.)

Or, l'acte *récognitif* (le mot lui-même l'implique) est une reconnaissance, un *aveu*.

Donc, il devrait en avoir aussi la force probante.

Comment! je produis, contre vous, un acte récognitif, émané de vous-même ou de votre auteur, un acte récognitif véritable, constatant bien l'existence du titre original en même temps que la volonté d'en maintenir la force.

Et cet acte néanmoins ne fera pas preuve de l'existence du titre original!

Et, lors même que le titre original est perdu ou détruit, mon acte récognitif, s'il est seul, ne me servira de rien; je pourrai me trouver, malgré votre aveu, dans l'impossibilité d'établir la preuve de l'existence de mon droit.

Cette objection est, il faut bien l'avouer, des plus graves!

On ne peut expliquer cette disposition de l'article 1337, qu'en rappelant que les rédacteurs l'ont mal à propos empruntée à Pothier, qui, lui-même, en empruntant à Dumoulin sa doctrine, ne l'a pas exactement reproduite.

Pothier s'exprimait ainsi :

« Dumoulin distingue deux espèces de titres récognitifs ou reconnaissances : celles qui sont dans la forme, qu'il appelle *ex certa scientia*, et celles qu'il appelle *in forma communi*.

« Les reconnaissances *ex certa scientia*, qu'il appelle aussi *ex forma speciali et dispositiva*, sont celles où la teneur du titre primordial est relatée. Ces reconnaissances ont cela de particulier, qu'elles équipollent au titre primordial, au cas qu'il fût perdu, et en prouvent

l'existence contre la personne reconnaissante, pourvu qu'elle ait la disposition de ses droits, et contre ses héritiers et successeurs; elles dispensent, par conséquent, le créancier de rapporter le titre primordial, dans le cas auquel il se trouverait perdu.

« Les reconnaissances *in forma communi* sont celles où la teneur du titre primordial n'est point relatée. Ces reconnaissances servent seulement à confirmer le titre primordial et à interrompre la prescription; mais elles ne confirment le titre primordial qu'autant qu'il est vrai; *elles n'en prouvent point l'existence; et elles ne dispensent point le créancier de le rapporter.* » (N° 778.)

Voilà bien notre article 1337.

Mais Pothier dénaturait la doctrine de Dumoulin, en présentant comme une règle générale cette distinction qui n'était, dans sa doctrine, qu'un cas d'application spéciale.

Ce n'était, en effet, qu'aux confirmations féodales, que Dumoulin avait appliqué cette distinction, et nullement aux actes récognitifs du droit commun.

Les anciens canonistes, dans le but de révoquer les concessions faites, paraît-il, trop facilement par les supérieurs ecclésiastiques ou par les seigneurs, avaient imaginé ce moyen indirect d'y parvenir; et ils distinguaient, en effet, deux sortes de reconnaissances; ne voulant admettre, comme tenant lieu du titre primordial, que celles qui avaient été données, disaient-ils, en connaissance de cause, après examen, *ex certa scientia;* et même, pour éviter que ces expressions ne finissent par devenir du style, ils exigeaient que la teneur du titre primordial fût relatée dans l'acte récognitif.

Toute autre reconnaissance, *in forma communi,* d'une concession féodale, ne dispensait pas de la représentation du titre primordial.

Dumoulin enseigna donc aussi cette distinction, qui était universellement admise, à l'époque où il écrivait.

Mais l'éminent auteur l'appliqua seulement, comme elle avait toujours été appliquée, aux confirmations féodales, et non point aux simples actes récognitifs.

Il s'en explique ainsi :

« Unde simplex titulus novus non est dispositorius, *sed declaratorius seu probatorius*. Nec aliquid de novo inducit circa substantiam obligationis, sed bene circa quædam extrinseca et accidentalia, *videlicet circa probationem et vim executivam*. Et sic hujusmodi titulus duo tantum operatur : primo, *confessionem et probationem in præjudicium recognoscentis;* secundo, vim guarentigiam. » (Comm. sur la Cout. de Paris, tit. I, 5, XVIII, n° 19.)

Rien ne saurait être plus clair!

Oh! sans doute, l'acte récognitif ne change pas, ne modifie pas les obligations constatées par le titre primordial. *Recognitio nihil dat novi!*

Mais ceci est le fond du droit; et telle n'est pas notre question.

Il s'agit, ici, d'une question de preuve.

Or, cette question était, comme on voit, résolue par Dumoulin, dans un sens tout à fait contraire à la solution que Pothier lui a donnée, et que les rédacteurs du Code ont suivie. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 391; Toullier. t. VI, n°s 472 à 483; Bonnier, n° 783; Marcadé, art. 1337, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 419-420.)

705. — Cette origine de notre règle a même fait naître la question de savoir si l'article 1337, qui la consacre, s'est borné à maintenir une disposition de l'ancien Droit, ou s'il a introduit une innovation législative;

En d'autres termes, si cette règle pourrait être appliquée, sans effet rétroactif, à des titres récognitifs qui auraient été passés avant la promulgation de l'article 1337?

La question peut paraître délicate.

Si Pothier enseignait la règle que notre Code a con-

sacrée, il faut ajouter que sa doctrine n'était pas unanimement admise; et voici même comment Henrys s'exprimait :

« C'est la plus commune opinion des interprètes qu'une seule reconnaissance suffit, si elle est assistée de quelques adminicules, ou si elle a été suivie de la possession. » (Liv. III, ch. II, Quest. I; comp. Rousseaud de la Combe, Jurispr. civ., v° *Reconnaissance*.)

La Cour de Paris a rendu, sur ce point, deux arrêts en sens opposé : décidant notre question affirmativement par l'un, et négativement par l'autre. (30 janv. 1828, Carricondo; et 14 août 1828, Carro d'Algay, D., 1828-2-105-106.)

La Cour de Lyon a décidé, le 8 décembre 1838, que, d'après les principes de l'ancien Droit, comme sous le Code civil, l'acte récognitif, dans lequel la teneur du titre primordial n'est point relatée, ne dispense pas de la représentation de ce titre. (Tardy, Dev., 1839, 2, 39.)

Cette dernière solution serait certainement la meilleure, quant aux anciennes provinces, dans lesquelles la doctrine de Pothier était suivie.

Mais il faudrait, à notre avis, admettre une solution différente, quant à celles des anciennes provinces, *où la commune opinion des interprètes*, telle qu'elle est attestée par Henrys, avait autrefois prévalu. (Comp. Cass., 15 avril 1867, de Montailleur, Dev., 1867, 1, 240.)

Ce qui paraît certain, c'est qu'une décision judiciaire, quelle qu'elle fût, affirmative ou négative, ne saurait être sujette à cassation, puisqu'elle n'aurait violé aucune loi. (Comp. Cass., 3 juin 1835, Souchal, Dev., 1835, 1, 324; Bonnier, n° 783; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 420.)

706. — Quoi qu'il en soit, telle est la règle que consacre le premier alinéa de l'article 1337.

Un éminent jurisconsulte a entrepris de la justifier :

« Dans la crainte apparemment, dit Demante, qu'une simple reconnaissance, sans explication des causes, qui

ont produit la dette, ne fût surprise à l'ignorance ou arrachée à la faiblesse, peut-être aussi parce que l'absence du titre primordial permet de supposer que la dette reconnue a été éteinte, sans qu'on ait songé à faire supprimer toutes les reconnaissances, la loi ne veut pas que l'acte récognitif dispense de rapporter le titre primordial. » (T. V, n° 307.)

Mais, si ingénieuse qu'elle puisse paraître, cette explication laisse toujours, suivant nous, subsister l'objection, que l'article 1337 soulève.

Pourquoi exiger que toute la teneur de l'acte primordial soit relatée dans l'acte récognitif?

Si on craignait que cet acte ne fournît qu'une preuve suspecte, parce qu'il ne ferait pas connaître les causes de la dette, il aurait suffi d'y exiger cette condition, et qu'il reproduisît, en substance, la dette constatée par le titre primordial.

Et quant à cet autre danger, que le débiteur aurait pu, après avoir payé sa dette, négliger de retirer les reconnaissances, qui en auraient été faites, est-il bien réel? Si le débiteur a payé sa dette, il doit avoir un acte de libération; et comme cet acte est postérieur à l'acte constitutif de l'obligation, c'est la perte de celui-ci, qui devrait paraître plus probable que la perte de la quittance!

Il n'y a, croyons-nous, qu'une seule manière d'expliquer cette règle de l'article 1337, c'est de dire que le législateur de notre Code n'a vu, dans l'acte récognitif, qu'un moyen employé par les parties pour interrompre la prescription.

Telle est l'explication qu'en fournit M. Larombière, (T. V, art 1337, n° 17; Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 307 *bis*, I.)

C'est le motif qu'en donnait aussi Pothier. (V. *supra*, n° 704.)

Sans doute, l'acte récognitif interrompt la prescription.

C'était là l'un de ses effets, d'après l'ancienne doctrine

de Dumoulin; comme aussi, d'après la vérité des principes.

Mais cet effet n'était pas le seul qu'il produisît; il en produisait encore un autre très-important, il était *probatorius*.

Sous ce rapport, l'acte récognitif proprement dit, différait de la simple reconnaissance interruptive de prescription. (Comp. Troplong, *De la Prescription*, t. II, n° 614; Teste, *Encyclopédie du Droit*, v° *Acte récognitif* n° 1.)

707. — M. Larombière ajoute que si l'acte récognitif ne dispense pas de représenter le titre primordial, il pourra du moins servir de commencement de preuve par écrit, afin d'établir, par témoins et par présomptions, la preuve de l'existence de l'obligation antérieurement contractée.

C'est bien le moins sans doute! (Art. 1347; Comp. Angers, 19 janv. 1843, Desson de Saint-Aignan, Dev., 1843, II, 340.)

Mais est-ce un commencement de preuve seulement, que le créancier se proposait d'obtenir par le titre récognitif? ou une preuve complète?

C'est toujours la question!

Et nous sommes toujours aussi porté à y faire cette réponse : que le titre récognitif est un aveu, qui semblait devoir fournir une preuve complète contre celui, de qui il émane!

707 *bis*. — Voici, d'ailleurs, deux propositions, qui répareront ce qu'il peut y avoir d'insuffisant dans la force probante, que l'article 1337 attribue à l'acte récognitif :

1° La représentation du titre primordial ne pourra pas être exigée, lors même que la teneur n'en serait pas relatée dans l'acte récognitif, s'il résulte de ce dernier acte que les parties ont entendu substituer un titre nouveau au titre ancien, pour fournir désormais seul, la preuve de l'obligation préexistante, et régler, à l'avenir, leurs rapports respectifs.

Les titres tirent leur force probante de la volonté des parties ; et ils sont ce qu'elles veulent elles-mêmes les faire! (Comp. Pau, 14 août 1828, Sirey, 1828, II, 276; Cass. 29 janv. 1829, Sirey, 1829, I, 52; Marcadé, art. 1337, n°s 5 et 6; Bonnier, n° 785; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 420.)

708. — 2° A plus forte raison, en serait-il de même, dans le cas où le prétendu titre récognitif annoncerait clairement la volonté des parties de substituer, non pas seulement un titre nouveau au titre ancien, mais bien plus encore, une obligation nouvelle à l'ancienne obligation?

Ce serait là, en effet, une novation, et non pas seulement une simple reconnaissance! (Art. 1273, 1274.)

Le nouvel acte ne serait pas seulement *probatorius*.

Il serait *dispositorius!*

Et, dans le second cas, comme dans le premier, ce n'est point par la qualification que les parties auraient donnée, plus ou moins exactement, à leur acte, qu'il faudrait en apprécier le caractère véritable.

C'est par les énonciations mêmes de cet acte, et par les clauses qu'il contiendrait.

M. Teste remarque fort justement combien il importe de distinguer les hypothèses, que nous venons de décrire, afin de ne pas s'exposer à faire abus de la maxime : *a primordio tituli omnis formatur eventus.* (*Encyclop. du Droit*, v° *Acte récognitif*, n° 5.)

709. — 3° Nous devons rappeler ici une autre limitation importante, qui restreint la portée de la disposition de l'article 1337; à savoir : que la règle édictée par cet article, est applicable seulement aux actes récognitifs des droits personnels, et non point aux actes récognitifs des droits réels.

Telle est la doctrine, que nous avons présentée sur l'article 695, dans notre *Traité des Servitudes*. (T. II, n° 757.)

Ce n'est pas que cette doctrine soit exempte d'objec-

tions; et M. Bonnier a pu remarquer qu'il en résulte cette singularité que la règle de l'article 1337, qui, dans l'ancien Droit, fut instituée précisément pour régir les titres récognitifs des concessions féodales ou ecclésiastiques de droits réels, ne régit plus, au contraire, dans le Droit nouveau, que les titres récognitifs des droits personnels. (N° 791.)

Il est vrai!

Mais, d'une part, l'article 695 ne soumet à aucune condition spéciale, le titre récognitif d'une servitude réelle.

D'autre part, l'article 1337, par la formule même qu'il emploie: *le créancier*, paraît bien n'avoir en vue que les droits personnels.

Et comme la règle de l'article 1337 porte, dans une certaine mesure, le caractère d'une exception au droit commun (art. 1320, 1350, 1356), on a été ainsi amené à en restreindre l'application aux titres récognitifs des droits personnels. (Comp. Cass., 16 nov. 1829, Sirey, 1829, I, 408; Cass., 3 mars 1836, Roy, Dev., 1836, I, 247; Toullier, t. VII, n° 312; Marcadé, art. 1337, n° 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 420.)

710. — 4° Mentionnons enfin une dernière exception, par suite de laquelle la disposition de l'article 1337 est inapplicable en matière commerciale.

En effet, aux termes de l'article 109 du Code de commerce, les juges, en cette matière, peuvent toujours admettre la preuve testimoniale et les présomptions ordinaires pour former leur conviction. (Comp. Cass., 29 décembre 1835, Fonade, Dev., 1836, I, 751; Larombière, t. IV, art. 1337, n° 22.)

711. — La règle qui est édictée par l'article 1337, comporte, avons-nous dit, deux exceptions. (*Supra*, n° 703.)

La première a lieu, dans le cas où la teneur du titre primordial se trouve spécialement relatée dans le titre récognitif.

Cette relation même, en effet, témoigne de la volonté qu'ont eue les parties de faire de l'acte récognitif, non pas seulement un moyen d'interrompre la prescription, mais un nouveau moyen de preuve.

C'est l'ancienne confirmation *in forme specifica.... ex certa scientia!*

712. — Mais cette origine même a fait naître une difficulté.

Que signifient, dans notre article 1337, ces mots : *Que la teneur du titre primordial soit spécialement relatée?*

S'ensuit-il qu'il faut que le titre récognitif reproduise littéralement le texte du titre primordial?

On a entrepris de le soutenir ainsi :

1° Cette condition, a-t-on dit, est précisément celle que Pothier exigeait, d'après Dumoulin, pour que le titre récognitif pût équivaloir au titre primordial; et elle doit être, par conséquent, entendue aujourd'hui de la même manière qu'autrefois;

Or, Dumoulin exigeait, en effet, la reproduction complète du titre primordial : « .... *enarrato toto tenore confirmati*, ... *in longum!* » (Cout. de Paris, tit. II, § 8, n° 89.)

2° La preuve en résulte aussi de la comparaison des termes de l'article 1337 avec les termes de l'article 1338.

Tandis que le premier exige que *la teneur* même du titre primordial soit relatée dans le titre récognitif, le second se borne à exiger seulement que l'on trouve, dans l'acte confirmatif d'une obligation annulable, *la substance* de cette obligation, un résumé, une simple analyse. (Comp. Toullier, t. VI, n°s 334 et suiv.; Teste *Encyclopédie du Droit.* v° *Acte récognitif*, n° 6; Marcadé, art. 1337, n° 4.)

Nous croyons, pour notre part, que c'est là une exagération, et que l'article 1337, en effet, n'exige pas, dans l'acte récognitif, la reproduction entière et littérale de l'acte primordial :

1° Et dabord, il paraît certain que Dumoulin lui-même n'avait pas poussé, jusqu'à ce point, l'exigence.

Quelle condition voulait-il pour la confirmation *in forma speciali ?*

Il voulait.... « *ut contineat et specificet saltem substantiam actus....* » (N° 92.)

Et il complétait sa pensée, en ajoutant :

« *Si renovatio esset indeterminata, nihil operaretur.* » (N° 95.)

On voit combien il s'en faut que la reproduction littérale de l'acte primitif y fût nécessaire !

2° Et maintenant, est-il possible d'admettre que le législateur de 1804 se soit montré plus sévère?

Assurément non !

L'acte récognitif d'ailleurs n'est pas une copie; il est autre; il est différent !

Mais, enfin, dit-on, l'article 1337 exige, dans l'acte récognitif, *la teneur* du premier acte; et l'article 1338 se contente *de la substance*, dans l'acte confirmatif.

C'est que, en effet, il existe, entre ces deux formules, une nuance véritable.

« La teneur, dit Taulier, est quelque chose de plus que la substance; mais c'est quelque chose de moins que la copie littérale et complète. Il appartient aux tribunaux d'apprécier, en fait, si le vœu de la loi est suffisamment rempli. » (T. IV, p. 501.)

Voilà la solution exacte.

Ce qu'il faut, en droit, c'est que l'acte récognitif reproduise *spécialement* les dispositions principales et essentielles de l'acte primordial; et qu'il ne se borne pas à des énonciations plus ou moins vagues.... *indeterminata*, comme, par exemple, à une simple indication de l'objet ou du montant de la dette, ou de la date de l'acte.

En fait, c'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier s'il résulte de l'ensemble du titre récognitif qu'il a été satisfait d'une manière suffisante à la condition que

la loi exige. (Comp. *infra*, n° 763; Cass., 11 juin 1833, Dev., 1833-I-763; Cass. 3 juin 1835, Dev. 1835-I-324; Cass. 15 avril 1867, de Montailleur, Dev. 1867-I 240; Bonnier, n° 785; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 420-421; Massé et Vergé, t. III, p. 482; Larombière, t. IV, art. 1337, n° 5.)

713. — Le créancier est donc dispensé, dans ce cas, de représenter le titre primordial.

Mais supposons pourtant qu'il est prouvé, soit par son aveu, soit de toute autre manière, que ce titre existe encore.

Le débiteur serait-il fondé à en demander la représentation, quoique la teneur en soit relatée dans l'acte recognitif?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement.

C'était la doctrine de Pothier qui, précisément sur les reconnaissances faites *in forma specifica*, *ex certa scientia*, enseignait qu'elles équivalent au titre primordial, *au cas qu'il fût perdu...* (N° 778.)

Et telle est sans doute aussi la doctrine de notre Code, malgré la généralité des termes de l'article 1337.

C'est, en effet, le titre primordial, qui fait toujours la règle; et dès qu'il existe, c'est toujours le droit du débiteur d'en demander la représentation. (Arg. de l'art. 1334.)

Quel intérêt, d'ailleurs, le créancier peut-il avoir à refuser cette représentation?

Aucun!... si ce n'est l'intérêt illégitime de profiter des avantages, que lui ferait, par erreur ou inadvertance, ou par fraude, le titre récognitif, au delà des énonciations du titre primordial.

Et ceci prouve, au contraire, l'intérêt très-légitime que peut avoir le débiteur à demander que le titre primordial soit représenté.

C'est même là le moyen par lequel la seconde règle de notre article 1337 peut recevoir son application, puisque

ce n'est que par la comparaison du titre récognitif avec le titre primordial, que l'on peut apprendre s'ils sont conformes, ou s'il y a entre l'un et l'autre des différences. (Comp. *infra*, n° 715.)

714. — Nous arrivons à la seconde exception, que notre règle comporte. (*Supra*, n° 703.)

Elle a lieu, d'après le texte, sous les conditions suivantes :

1° Lorsqu'il existe plusieurs reconnaissances ;

Une seule reconnaissance ne suffirait donc pas, fût-elle soutenue de la possession, fût-elle ancienne ;

2° Lorsque ces reconnaissances sont conformes ; une différence entre les unes et les autres briserait la tradition ;

3° Lorsque ces reconnaissances sont soutenues de la possession, c'est-à-dire de l'exécution même de l'obligation reconnue ;

4° Enfin, lorsque l'une d'elles a trente ans de date ;

Et encore, même avec le concours de ces quatre conditions, le créancier n'est-il pas, dans ce second cas, comme dans le premier, dispensé absolument, *de plano*, de représenter le titre primordial.

« *Le créancier*, porte notre texte, *pourrait être dispensé...* »

C'est-à-dire que si le créancier, en effet, allègue que le titre primordial n'existe pas, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu d'attribuer au titre récognitif la même force probante qu'au titre primordial. (Comp. Teste, *Encyclopédie du droit*, v° *Acte récognitif*, n° 7 ; Bonnier, n° 786 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 421 ; Larombière, t. IV, art. 1337, n° 141.)

715. — B. Voici maintenant la seconde règle, qui est posée par l'article 1337, en ce qui concerne les titres récognitifs, à savoir :

Que ce qu'ils contiennent de plus que le titre primor-

dial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. (*Supra*, n° 703.)

Règle qui, suivant nous, est applicable, sans distinction, au cas où l'acte récognitif relate spécialement la teneur de l'acte primordial, comme au cas où il existe plusieurs reconnaissances conformes, d'après les conditions requises par le troisième alinéa de l'article 1337; et voilà pourquoi nous l'exposons en dernier lieu. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 119; Larombière, t. IV, art. 1337, n° 16.)

Pour cette fois, rien de plus logique ni de plus naturel.

Le titre récognitif, en effet, ainsi que son nom lui-même l'implique, n'a pas pour but de changer ni de modifier le titre primordial; il est destiné à le reconnaître seulement et à le maintenir, dans l'avenir, tel qu'il était dans le passé.

« *Non interponuntur*, disait Dumoulin, *animo faciendæ novæ obligationis, sed solum animo recognoscendi; unde simplex titulus novus non est dispositorius.* » (Comm. sur la cout. de Paris, tit. I, § 18.)

Le titre récognitif porte que mon auteur a contracté, envers vous ou votre auteur, l'obligation de servir une rente de 6000 francs.

Mais voici que le titre primordial, représenté, porte, au contraire, que la rente qu'il a promis de servir, n'est que de 5000 francs.

Je ne devrai qu'une rente de 5000 francs. (Comp. Marcadé, art. 1337, n° V; Larombière, t. IV, art. 1337, n° 16.)

716. — Supposons l'hypothèse inverse.

Le titre récognitif me constitue débiteur d'une rente de 5000 francs.

Mais le titre primordial, représenté, porte, au contraire, que la rente due par moi est de 6000 francs.

Je devrai une rente de 6000 francs.

Car le titre récognitif n'est pas plus fait pour *diminuer* que pour *augmenter* l'obligation, qui se trouve dans le titre primordial.

Et ce qui s'y trouve de différent, soit en plus, soit en moins, est à considérer comme provenant d'une erreur ou d'une inadvertance, et comme non avenue.

Seulement, bien entendu, le débiteur, qui, pendant trente ans, aurait payé seulement 5000 francs, se trouverait, par la prescription, libéré de la portion de la dette, qui, dans le titre primordial, excéderait le chiffre porté dans le titre récognitif.

La dette alors se trouverait diminuée, non point par l'effet du titre récognitif, mais par l'effet de la prescription.

Aussi, a-t-on reproché, avec raison, à Pothier, d'exiger, en cas pareil, qu'il y ait *plusieurs reconnaissances conformes*, qui portent diminution de la dette.

Il n'y aurait aucune reconnaissance, que la dette, amoindrie pendant trente ans, ne s'en éteindrait pas moins par la prescription. (Art. 2262; comp. Pothier, n° 780; Toullier, t. VI, n° 489; Duranton, t. XIII, n° 262; Colmet de Santerre, t. V, n° 307 *bis*, V; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 418-419; Larombière, t. IV, art. 1337, n° 15-16.)

717. — Davot professait aussi que les nouvelles reconnaissances, qui contiendraient des droits plus forts que les anciens titres, ne seraient pas obligatoires;

Et il ajoutait: *sans cause nouvelle.* (*Traité sur diverses matières de Droit français*, liv. II, t. V, ch. VII, n° CCCII.)

Ce qui est d'évidence! puisque le titre qui contiendrait une cause nouvelle ne serait pas seulement récognitif. (*Supra*, n° 708.)

718. — La Cour de Toulouse a jugé que notre règle de l'article 1337, d'après laquelle les additions ou modifications qui se trouvent dans l'acte récognitif doivent demeurer sans effet, est applicable seulement à celles de

ces modifications qui touchent à l'essence de l'obligation primitive, et non point aux conditions accessoires ou extrinsèques, telles que la solidarité, un cautionnement, ou tout autre garantie. (5 avril 1838, Jourda, Dev., 1839-II-380.)

Mais cette distinction ne nous paraît pas juridique :

1° Aux termes de l'article 1337, second alinéa :

« Ce que (les titres recognitifs) contiennent *de plus* « que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve *de diffé-* « *rent*, n'a aucun effet. »

Or, l'addition, dans l'acte récognitif, d'une garantie qui ne se trouve pas dans l'acte primordial, ou la suppression d'une garantie qui s'y trouve, constitue une différence, souvent même très-considérable, d'où résulte nécessairement soit une aggravation de l'obligation du débiteur, soit une diminution de droits du créancier;

Donc, d'après le texte formel de la loi, cette différence, soit en plus, soit en moins, ne saurait avoir aucun effet.

2° Qui ne voit, d'ailleurs, combien une telle doctrine serait arbitraire, et tout ce que cette distinction, entre les modifications qui touchent à la substance de l'obligation primitive, et les modifications que l'on appelle accessoires et extrinsèques, pourrait, dans la pratique, soulever de difficultés ?

Dumoulin, dont la Cour de Toulouse invoque l'autorité, ne nous paraît rien avoir écrit de pareil; et le passage même de ses œuvres, qui est cité dans l'arrêt, se résume uniquement dans cette proposition, que nous avons exposée; à savoir : que l'acte récognitif n'est pas *dispositorius*, mais seulement *probatorius*.

Telle est, en effet, sa nature; et pour que les changements, par lesquels il diffère de l'acte primordial, deviennent obligatoires, il faut qu'il résulte clairement des termes de l'acte et des circonstances du fait, que l'intention des parties a été, en effet, d'innover et de rendre ces

changements obligatoires. (Comp. *supra*, n° 708; Larombière, t, IV, art. 1337, n° 12.)

719. — Il est bien entendu que les actes récognitifs ne peuvent être consentis que par une personne qui a la capacité de s'obliger : « ... pourvu, disait Pothier, qu'elle ait la disposition de ses droits... » (N° 778.)

720. — M. Larombière ajoute que les actes récognitifs, à la différence des simples actes interruptifs de la prescription, constituent des faits, qui présentent un caractère conventionnel, et qu'ils ont besoin, pour produire effet, d'être contractuellement acceptés comme tels. (T. IV, art. 1337, n° 25.)

Régulièrement, en effet, dans la pratique, les actes récognitifs sont consentis, d'un commun accord, entre le débiteur et le créancier, ou leurs représentants.

Et il est vraisemblable que telle est aussi l'hypothèse que le législateur a en vue, dans l'article 1337.

Nous pensons, toutefois, qu'il ne serait pas exact de répondre qu'en dehors de ce consentement réciproque des deux parties, il ne saurait y avoir un acte récognitif.

Cet accord conventionnel ne nous paraît pas être de son essence; reconnaître, ce n'est pas contracter; c'est déclarer, c'est avouer seulement l'existence d'une convention préexistante.

Que cette reconnaissance unilatérale puisse n'avoir pas toujours la même autorité qu'une reconnaissance conventionnelle;

Qu'il y ait lieu, afin d'en apprécier l'effet, d'examiner dans quel acte elle a été passée, avec quelles parties, et dans quel but, cela est incontestable.

C'est aux magistrats qu'il appartient, en fait, suivant les circonstances, de décider quel degré de force probante elle doit obtenir, et s'il convient de la considérer comme un commencement de preuve seulement ou comme une preuve. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n°s 7 et

suiv.; notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 757 *bis;* Cass., 16 nov. 1829, Ponroy, Dev., 1829, I, 408; Paris, 2 déc. 1836, *la Compagnie des Domaines engagés du Contentin*, Dev., 1837, I, 32.)

§ VIII.

DES ACTES CONFIRMATIFS.

SOMMAIRE.

721. — Exposition. — Différence entre l'acte récognitif et l'acte confirmatif.
722. — Définition des mots : *confirmation* et *ratification*.
723. — Du caractère juridique de la confirmation.
724. — Suite.
725. — Suite.
726. — Division.

721. — Nous avons déjà remarqué combien l'acte confirmatif diffère de l'acte récognitif, et qu'il est permis de dire que c'est, de la part du législateur de notre Code, un défaut de méthode de les avoir réunis dans la même section. (*Supra*, n° 227.)

Ces deux sortes d'actes ont, il est vrai, ceci de commun, qu'ils supposent, l'un et l'autre, l'existence d'une convention antérieure.

Mais la différence, qui les sépare, n'en est pas, pour cela, moins grande;

Puisque l'acte récognitif ne soulève qu'une question de preuve;

Tandis que l'acte confirmatif a trait au fond du droit et à l'existence même de la convention précédemment formée.

722. — *Confirmation* ou *ratification*, deux termes évidemment synonymes dans cette matière, et que le législateur, en effet, réunit toujours. (Comp., art. 1338, 1339, 1340; *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 404.)

Le terme : *ratification*, a toutefois aussi un sens spécial.

C'est celui qui est particulièrement employé pour exprimer l'approbation, donnée après coup, par une personne à un acte auquel elle n'a point concouru, et qui a été fait par un tiers en son nom.

« *Ratihabitio*, disait Ulpien, mandato æquiparatur. » (L. 12, § 3, ff. *de Solutionibus*.)

L'article 1998 de notre Code dit de même :

« Le mandant est tenu d'exécuter les engagements « contractés par le mandataire conformément au pou- « voir qui lui a été donné.

« Il n'est tenu de ce qui a été fait au delà qu'autant « qu'il l'a *ratifié* expressément ou tacitement. » (Ajout. art. 1239.)

Mais ce sens du mot *ratifier* n'est pas ici le nôtre. (Comp. *infra*, n° 752.)

723. — Nous n'emploierons désormais, pour éviter des redondances, que le mot : *confirmation*, qui exprime, en effet, à lui seul, très-bien l'acte juridique, par lequel une personne renonce au droit qu'elle avait de former une action en nullité ou en rescision contre une convention consentie par elle ou par son auteur.

La confirmation d'une convention annulable a donc le caractère d'une renonciation?

Sans doute!

Mais c'est une renonciation *sui generis*, soumise à certaines conditions particulières qui ne sont pas en général imposées à la simple renonciation à un droit. (Comp. *infra*, n°s 761 et suiv.)

724. — La confirmation a aussi le caractère d'une reconnaissance de l'obligation.

Évidemment en effet, confirmer, c'est reconnaître.

Mais la confirmation pourtant n'est pas non plus une simple reconnaissance.

Logiquement, la simple reconnaissance a seulement

pour but et pour effet de constater l'existence d'une obligation; et elle n'implique pas nécessairement la volonté de la changer, de la fortifier.

Tandis que la confirmation, comme nous venons de le dire, a pour but et pour effet de réparer les vices dont l'obligation reconnue peut être entachée, et de les faire disparaître.

725. — Qu'il faille également distinguer la confirmation d'avec la novation, cela est incontestable!

La novation crée une obligation nouvelle, qu'elle substitue à une obligation ancienne préexistante;

La confirmation, au contraire, a seulement pour effet (le mot l'emporte!) de corriger les vices de l'obligation et d'écarter d'elle le danger de l'action en nullité ou en rescision, qui la menace.

L'obligation, qui résulte d'une convention sujette à une action en nullité ou en rescision, peut être sans doute la cause d'une novation; nous avons exposé dans quels cas et sous quelles conditions. (Comp. le tome V, de ce *Traité*, n°s 245 et suiv.)

Et la novation pourra, en effet, devenir elle-même la confirmation de l'obligation.

Mais il n'en reste pas moins vrai que la confirmation et la novation constituent deux opérations juridiques très-différentes.

725 *bis.* — Nous avons à examiner, sur ce sujet, trois points principaux; à savoir :

I. Quelles conventions sont susceptibles d'être confirmées;

II. A quelle époque; — et de quelle manière la confirmation peut avoir lieu;

III. Quels sont les effets de la confirmation.

I.

QUELLES CONVENTIONS SONT SUSCEPTIBLES D'ÊTRE CONFIRMÉES.

SOMMAIRE.

726. — Les obligations, qui peuvent s'éteindre par la prescription de dix ans, d'après l'article 1304, sont-elles les mêmes que celles qui peuvent être confirmées d'après l'article 1338? — Exposition.
727. — Suite.
728. — Suite.
729. — Suite.
730. — L'article 1338 est-il applicable aux obligations naturelles?
730 *bis*. — Suite.
731. — L'article 1338 est applicable, de même que l'article 1304, aux obligations annulables.
732. — Mais il peut arriver que la corrélation n'existe pas entre la disposition de l'article 1338 et la disposition de l'article 1304. — Exemple.
733. — Suite.
734. — Le donateur ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation nulle en la forme. — Explication.
735. — Suite.
736. — Suite.
737. — Suite.
737 *bis*. — Suite.
738. — Explication de la différence qui existe entre la donation *confirmée* et la donation *refaite*.
739. — Le donateur peut-il réparer les vices d'une donation nulle en la forme, par l'exécution volontaire?
740. — Suite.
741. — Suite.
742. — Suite.
743. — L'article 1339, qui ne mentionne que le donateur, est-il inapplicable au donataire?
744. — La donation, nulle en la forme, qui ne peut pas être confirmée par le donateur, peut être confirmée par ses héritiers. — Quelle peut être l'explication de cette différence?
745. — Ce n'est qu'après le décès du donateur, que ses héritiers peuvent confirmer la donation faite par lui.
746. — Suite. — Quel est le sens du mot : ayant cause, dans l'article 1340?
747. — Les héritiers ou ayants cause du donateur peuvent confirmer la donation, entachée soit d'un vice de forme, soit de tout autre vice. — Explication.
748. — En quelle forme la confirmation de la donation peut-elle être faite par les héritiers du donateur?

749. — Suite.
750. — Les articles 1339 et 1340 sont-ils applicables aux dispositions testamentaires?
751. — Suite.
752. — De la ratification, par laquelle une personne approuve une convention, qu'une autre personne a consentie, en son nom, sans en avoir reçu le mandat.

727. — Il semble, à première vue, qu'il y aurait lieu de poser ici comme règle que les obligations qui peuvent s'éteindre par la prescription de dix ans, d'après l'article 1304, sont aussi celles qui peuvent être confirmées, d'après l'article 1338.

Cette corrélation paraît bien résulter, en effet, soit des textes mêmes, soit du principe commun sur lequel ils reposent.

Quelles sont, aux termes de l'article 1304, les conventions auxquelles s'applique la prescription spéciale de dix ans?

Ce sont les conventions, contre lesquelles la loi admet l'*action en nullité ou en rescision.*

Et ce sont aussi les conventions, contre lesquelles la loi admet l'*action en nullité ou rescision,* qui peuvent être confirmées, aux termes de l'article 1338.

C'est que, en effet, l'un et l'autre modes d'extinction de cette action en nullité ou en rescision sont fondés sur la même base; à savoir : sur l'intention de la partie à laquelle l'action appartient, d'y renoncer :

Confirmation tacite, résultant de son silence, d'après l'article 1304;

Confirmation expresse, résultant de son intention déclarée, ou confirmation tacite résultant de l'exécution volontaire, d'après l'article 1338;

De sorte que ces deux articles semblent être, pour ainsi dire, le *pendant* l'un de l'autre, et former ensemble le complément de toute cette théorie.

728. — Nous pensons, en effet, qu'il y a, dans cette

comparaison, dans cette corrélation, une grande part de vérité.

Et il en résultera cette double conséquence :

Soit que certaines conventions, qui ne peuvent pas être soumises à l'application de l'article 1304, ne pourront pas non plus être soumises à l'application de l'article 1338;

Soit, au contraire, que certaines conventions, qui doivent être soumises à l'application de l'article 1304, devront être également soumises à l'application de l'article 1338.

Mais il faut rappeler pourtant ce que nous avons remarqué déjà; à savoir : que cette règle de réciprocité et de corrélation n'est pas nécessaire ni absolue. (*Supra*, n° 51.)

D'où il pourra résulter aussi que certaines conventions, qui ne peuvent pas être soumises à l'application de l'article 1304, pourront être, au contraire, soumises à l'application de l'article 1338.

C'est que, dans le cas de l'article 1304, il n'y a que le silence et l'inaction de la partie;

Tandis que, dans le cas de l'article 1338, il y a son fait positif, son intervention active !

Et, par conséquent, le législateur a pu attacher plus d'effet à cette dernière manifestation de volonté qu'à la première.

Ce qui prouve qu'il ne faut pas considérer comme absolu cet adage :

Eadem vis est taciti atque expressi.

729. — Et d'abord l'article 1338 n'est pas plus applicable que l'article 1304, aux conventions qui sont *nulles*, et non pas seulement *annulables;*

C'est-à-dire aux prétendues conventions, qui sont inexistantes, parce qu'elles manquent radicalement de l'une des conditions essentielles à la formation de toute convention :

Absence totale de consentement;

Défaut d'objet;

Défaut de cause, ou cause illicite (Art. 1108, 1131).

On ne confirme pas le néant!

Et c'est aux yeux de la loi le néant, par exemple, qu'une prétendue convention qui a eu lieu sur une succession non ouverte, ou par laquelle le cessionnaire d'un office ministériel s'engage à payer au cédant un supplément de prix, en dehors du prix porté dans l'acte ostensible de cession.

En aucun temps, de pareils actes ne pourront être confirmés.

Nous n'avons pas à rappeler ici les autres applications, que nous en avons déjà fournies. (*Supra*, n°s 52 et suiv.)

730. — Cette doctrine nous paraît incontestable.

Elle a été contestée pourtant; Toullier notamment a soutenu, avec une vivacité très-grande, que ces sortes de conventions peuvent être confirmées. (Comp., t. V, n°s 518 et suiv.)

Après avoir cité lui-même ce passage du tribun Jaubert, qui s'exprimait ainsi :

« Une idée vraie et simple, c'est qu'on ne peut confirmer et ratifier que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice, et qu'il résulte de là qu'on ne peut, en aucune manière, confirmer de prétendues conventions, dont la loi n'a jamais reconnu l'existence. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 284);

Toullier s'écrie :

« *Cette proposition nous paraît manifestement erronée!* »

L'éminent auteur obtint assurément, dans cette controverse, un succès remarquable; il conquit à son système M. Merlin, qui avait défendu le système contraire devant la Cour de cassation. (Répert. v° *Ratification*, n° 9), et qui écrivit ensuite que :

« Ce prétendu principe (qui était d'abord le sien) n'est, comme l'a très-bien démontré Toullier, qu'une assertion purement gratuite, qu'une erreur créée par l'imagination

des tribuns, qu'il regrette d'avoir reproduite sans examen et sur leur seule parole.... » (*Quest. de Droit*, v° *Ratification*, § V, n° 3.)

Mais l'illustre procureur général abandonnait évidemment la vraie doctrine, qu'il avait fait lui-même prévaloir devant la Cour suprême.

Cela est d'autant plus certain, que, d'après le projet du Code civil (article 229, devenu l'article 1338), *l'acte radicalement nul* (c'en étaient les termes), aurait pu être validé, en effet, par la confirmation.

Mais précisément la section de législation demanda la suppression de ces mots, par le motif qui est le nôtre, à savoir:

« Qu'il faut une disposition conçue de manière que la ligne de démarcation soit clairement tracée entre les nullités irréparables, et celles qu'on peut réparer. » (Comp. Fenet, t. II, p. 194.)

Tel est, en effet, aujourd'hui le principe généralement admis, quoique l'on rencontre parfois encore des dissidences dans la doctrine.

C'est ainsi que M. Larombière nous paraît faire aux partisans du principe contraire une concession compromettante, lorsqu'il admet que les conventions *sans cause, ou sur une fausse cause,* peuvent être confirmées.

Le savant auteur enseigne, en effet:

« ..... *Qu'il n'y a que la cause illicite qui fasse obstacle aux actes de confirmation expresse ou tacite.* » (T. V, art. 1338, n° 8; ajout. Teste, *Encyclopédie du Droit.* v° *actes confirmatifs,* n° 25.)

Non! ces distinctions-là ne sont pas admissibles.

Il suffirait, pour les ruiner, de citer le texte absolu de l'article 1331. (Comp. Cass., 9 juin 1812, Sirey 1812, I, 233; Bordeaux, 24 déc. 1844, Bibard, Dev. 1845, II, 357; Cass. 13 nov. 1849, Dupont, Dev. 1849, I, 753; Duranton, t. XIII, n° 271; Zachariæ, Aubry et Rau., t. VI, p. 262; Marcadé, art. 1338, n° 1; Colmet de Santerre, t. V, n° 309 *bis,* I.)

730 *bis.* — Voilà pourquoi nous pensons que l'article 1338 n'est pas plus applicable que l'article 1304, aux obligations naturelles.

Aux termes de l'article 1338, la confirmation n'est possible qu'à l'égard des obligations, qui existent civilement, aux yeux de la loi ; cela est d'évidence ! puisqu'elle n'est possible qu'à l'égard des obligations, *contre lesquelles la loi admet l'action en nullité ou en rescision* ;

Or, telle n'est pas l'obligation naturelle, qui n'existe pas, en effet, aux yeux de la loi, et contre laquelle celui qui en est tenu dans le for intérieur, n'a pas à exercer une action en nullité ou rescision, pour s'y soustraire ;

Donc, une telle obligation se trouve en dehors de l'article 1338, aussi bien que de l'article 1304.

Cette conclusion pourtant a rencontré aussi des contradicteurs.

Que Toullier la conteste, il est, en ceci, logique, puisqu'il admet que les obligations même, qui n'existent pas civilement, peuvent être confirmées. (*Supra*, n° 729).

Ce qui peut paraître plus surprenant, c'est que Marcadé, après avoir vigoureusement réfuté cette doctrine de Toullier, admette néanmoins, d'accord avec lui, que les obligations naturelles sont susceptibles de confirmation dans les termes de l'article 1338.

Il est vrai que le regrettable auteur convient que « l'on pourrait dire que, rigoureusement parlant, le mot de confirmation n'est pas exact dans ce cas ; car la confirmation proprement dite est la validation d'une obligation vicieuse, mais civilement existante.... » (Art. 1338, n° 11.)

Sans doute !

Mais est-ce à dire, pour cela, que ces sortes d'obligations ne puissent pas être reconnues, de manière à devenir des obligations civiles ?

Et objectera-t-on, en ce sens, l'article 1235, d'où il semblerait résulter que l'exécution volontaire serait le seul moyen de valider une obligation naturelle ; puisque

cette exécution ne valide l'obligation que dans la mesure où elle a eu lieu, et que si l'exécution est seulement partielle, partielle est seulement aussi la validation.

Cet argument, qui a été produit en effet, n'est pas toutefois décisif; car si l'exécution, qui n'est que partielle, ne valide l'obligation qu'en partie, c'est que l'aveu, qui en résulte, n'est lui-même que partiel.

Mais il n'y a aucun motif, pour conclure de l'article 1235, que l'obligation naturelle ne peut pas devenir, de la part de celui qui reconnaît en être tenu, la cause d'une obligation civile.

L'affirmative nous paraît, au contraire, certaine en Droit et en équité!

Seulement, ce qu'il faut, c'est que celui qui déclare, plus ou moins exactement dans les termes, *confirmer* ou *reconnaître* une obligation naturelle, ait bien la volonté de lui imprimer désormais le caractère d'une obligation civile.

Sous ce rapport, on a pu dire que la confirmation pure et simple d'une obligation naturelle, ne la relèverait pas de son inefficacité;

Et qu'il en serait de même de la simple reconnaissance. (Comp. Riom 10 janv. 1857, Pewerstofs, Dev. 1857, II, 494; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 6.)

La question, ainsi envisagée, peut, en effet, devenir une question de fait et d'interprétation. (Comp. Cass., 5 mai 1868, Pagès, Dev. 1868, I, 251.)

Mais la vraie solution, en Droit, c'est que celui qui reconnaît être tenu naturellement, peut consentir à être désormais tenu civilement.

Et voilà pourquoi nous persistons à penser que l'obligation naturelle peut être valablement la cause :

Soit d'une obligation civile (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 351 ; le tome IV, n°s 34 et suiv.) ;

Soit d'une novation proprement dite. (Comp. le tome V, n° 256; Cass. 25 oct. 1808, Sirey, 1811, I, 323 ; Cass. 27, juillet 1818, Sirey, 1819, I, 126; Angers, 31 juill.

1822, Sirey, 1823, II, 30 ; Orléans, 23 avril 1842, la ville de Caen, Dev. 1843, II, 383 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 262.)

731. — Pareillement, en sens inverse, l'article 1338 doit être, comme l'article 1304, appliqué aux conventions, qui sont seulement annulables, et non pas nulles.

Telles sont les conventions, contre lesquelles la loi admet, en effet, l'action en nullité ou en rescision ; à raison :

Soit des vices du consentement : dol, erreur ou violence ;

Soit de la lésion ;

Soit de l'incapacité résultant de la minorité, de l'interdiction, ou du mariage. (Comp. *supra*, n° 77.)

732. — Et, toutefois, c'est cette dernière cause de nullité ou de rescision, qui va rompre ici la corrélation, qui s'était, jusqu'à présent, maintenue entre la distion de l'article 1304 et la disposition de l'article 1338.

Une femme mariée a fait une convention, sans autorisation de son mari, ni de justice.

Le mari peut confirmer cette convention, pendant le mariage, en vertu de l'article 1338.

Mais, s'il laisse s'écouler dix ans, pendant le mariage, sans exercer l'action en nullité ou en rescision qui lui appartient, en sera-t-il déchu d'après l'article 1304 ?

Nous avons déjà répondu négativement. (*Supra*, n°s 51 et 150.)

Et voilà un premier exemple, dans lequel l'article 1338 est applicable, tandis que l'article 1304 ne l'est pas.

733. — Il y en a un exemple encore dans les nullités de forme, dont la convention peut être entachée.

Nous avons pensé que l'article 1304 n'est pas applicable à la convention, qui est nulle pour vice de forme ; ou en d'autres termes, que le seul silence de la partie, pendant dix ans, ne purge pas le vice de l'acte, sous ce rap-

port, et ne lui communique pas une force probante, qu'il n'avait pas à son origine. (Comp. *supra*, n°s 71-76.)

En est-il ainsi de l'article 1338? et faut-il également décider que la confirmation d'une convention, nulle pour vice de formé, n'est pas non plus possible ?

Cette question est controversée ; et elle a donné lieu, dans la jurisprudence et dans la doctrine, à des débats, qui ne sont pas exempts peut-être d'une certaine obscurité et de quelque confusion.

Plusieurs arrêts décident que les obligations, constatées par des actes nuls en la forme, soit notariés, soit sous seing privé, doivent être considérées comme nulles et inexistantes ; d'où la conséquence qu'elles ne peuvent pas être confirmées, en vertu de l'article 1338. (Comp. Cass., 27 mars 1812, Sirey, 1812, I, 359; Bourges, 27 avril 1823, Sirey, 1824, II, 34 ; Besançon, 13 mars 1827, Sirey, 1827, II, 255 ; Toulouse, 18 janv. 1828, Sirey, 1829, I, 133; Grenoble, 15 nov. 1834, Dev., 1835, II, 188 ; Cass. 6 juill. 1836, Flotta, Dev. 1836, I, 876.)

Mais nous estimons que cette thèse est trop absolue ; et il faut, à notre avis, répondre par une distinction :

Ou la nullité de forme, dont la convention se trouve entachée, est telle, en effet, qu'elle rend nulle la convention elle-même; comme si, par exemple, le défaut de signature de l'une des parties provient de ce qu'elle a refusé de donner son consentement; et, dans ce cas, nous adhérons à la solution, que les arrêts précités consacrent ;

Ou, au contraire, la nullité de forme, qui se trouve dans l'acte, n'a pas empêché la convention de se former; comme, par exemple, si c'est par oubli ou par inadvertance, que la signature de l'une des parties n'y a pas été apposée, ou mieux encore, si c'est par une impossibilité quelconque, qu'elle a été empêchée de signer; et dans ce cas, nous n'apercevons pas pourquoi cette conven-

tion ne serait pas susceptible de confirmation. (Comp. Cass. 19 déc. 1820, Sirey, 1821, I, 198; Pau, 17 déc. 1821, Sirey, 1822, II, 142; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 262; Teste, Encyclopédie du Droit. V° *Actes confirmatifs*, n° 23.)

734. — Ce que nous venons de dire des nullités de forme nous amène, par une transition toute naturelle, aux dispositions spéciales, que le législateur a édictées, quant à cette sorte de nullités, en ce qui concerne la donation entre-vifs.

Aux termes de l'article 1339 :

« Le donateur ne peut réparer, par aucun acte confir-
« matif, les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la
« forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. »

Et l'article 1340 ajoute :

« La confirmation ou ratification, ou exécution volon-
« taire, d'une donation par les héritiers ou ayants cause
« du donateur, après son décès, emporte leur renoncia-
« tion à opposer soit les vices de forme, soit tout autre
« exception. »

Ces dispositions sont, disons-nous, spéciales.

Et l'explication scientifique n'en est pas très-facile; car il semble qu'on ne puisse justifier la première qu'en critiquant la seconde, et qu'il existe une contrariété de principes entre l'article 1339 et l'article 1340. (Comp. *iufra*, n° 744.)

735. — La règle est, d'abord, que le donateur, lui! ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les vices de forme de la donation.

Pourquoi?

L'explication en est, suivant nous, dans le principe, que nous avons posé plus haut; à savoir : que les conventions qui sont nulles et non pas seulement annulables, ne peuvent pas être confirmées (*Supra*, n° 728);

Or, la donation entre-vifs, lorsqu'elle manque des formes solennelles, qui la constituent essentiellement, est

à considérer, en effet, comme une convention nulle; puisque les formes y sont exigées, non pas seulement *ad probationem*, mais encore *ad solemnitatem*.

Et voilà comment le législateur a décidé que, à l'égard du donateur, la donation entre-vifs, nulle en la forme, ne peut pas être confirmée. (Comp. Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 312.)

736 — *Nulle en la forme.*

Ce sont les termes mêmes de notre texte.

D'où il résulte qu'il s'applique, en effet, à toutes les nullités de forme, mais rien qu'aux nullités de forme.

A toutes celles-là, disons-nous.

Même au défaut d'acceptation expresse? (Art. 932.)

Même au défaut d'acceptation expresse!

Car la question d'acceptation est une question de forme. (Comp. Bastia, 10 avril 1854, Arrighi, Dev. 1854, II, 236; art. 931 et suiv.)

C'est ainsi encore qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les formes spécialement prescrites par le Code Napoléon pour la validité des donations entre-vifs et les formes généralement prescrites par la loi du 25 ventôse, an XI pour la régularité des actes notariés. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t, III, n°s 8 et suiv.)

L'inaccomplissement des unes comme des autres produit, dans la donation entre-vifs, une nullité de forme, à laquelle les termes absolus de l'article 1339 nous paraissent applicables.

La Cour de Grenoble a donc, croyons-nous, méconnu le texte même de la loi, en rendant une décision contraire. (21 déc. 1827, Sirey, 1827, II, 163; Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t, VI, p. 264; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 1.)

737. — Mais en même temps, d'autre part, l'article 1339 ne s'applique qu'aux nullités de forme.

Et, par conséquent, le donateur pourrait confirmer la

donation, qui serait entachée d'une autre sorte de nullité, telle par exemple, qu'un vice de consentement, dol, erreur ou violence. (Comp. Cas., 21 mars 1826, Sirey, 1827, I, 300; Duranton, t. XIII, n° 394; Zachariæ, Aubry et Rau; Larombière, *loc. supra cit.*)

737 *bis*. — Une donation entre-vifs a été faite par Paul à Pierre, par l'une de ces voies indirectes, au moyen desquelles la donation entre-vifs peut être valable, sans l'accomplissement des formes auxquelles elle est soumise, d'après les articles 931 et suivants.

C'est, par exemple, sous l'apparence d'une vente simulée qu'elle a eu lieu. On sait qu'une jurisprudence constante valide, en effet, ces sortes de donations.

Il arrive que l'acte de vente est entaché d'une nullité de forme.

Paul, le prétendu vendeur, le donateur en vérité, pourra-t-il réparer ce vice par un acte confirmatif?

Assurément oui!

La donation entre-vifs ne peut-être, comme telle, nulle pour vice de forme qu'autant, bien entendu, qu'elle était soumise à des formes;

Or, cette donation, telle qu'elle a été faite, n'était soumise à aucune forme;

Donc, elle est, telle qu'elle a été faite, et dans la forme, qui lui a été donnée, très-susceptible de confirmation. Comp. Larombière, t. IV, art. 1338, n°s 4 et 5.)

738. — La donation, nulle en la forme, ne peut donc pas être *confirmée* par le donateur.

« *Il faut*, dit notre texte, *qu'elle soit refaite en la forme légale.* »

Très-grande est la différence entre les deux opérations!

La donation, simplement confirmée, serait toujours la même donation, qui produirait ses effets, comme du jour où elle aurait été faite... : *ut ex tunc;*

La donation refaite, au contraire, serait une donation

nouvelle, qui produirait seulement ses effets, *ut ex nunc*. (Comp. *infra*, n° 785.)

739. — Le donateur, qui ne peut pas confirmer, expressément par un acte écrit, la donation nulle en la forme, peut-il la confirmer tacitement par l'exécution volontaire; en délivrant, par exemple, au donataire l'immeuble qui en fait l'objet?

Quelques jurisconsultes ont répondu affirmativement; et ils fondent cette doctrine sur deux motifs :

1° Ils invoquent la différence de rédaction, qui existe entre l'article 1339 et l'article 1340.

Ce dernier article, dit M. Teste, voulant rendre les héritiers ou ayants cause du donateur, qui ont ratifié, de quelque manière que ce soit, la donation, après son décès, non recevables à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception, ne s'est point borné aux mots : *confirmation ou ratification*; il a ajouté : *ou exécution volontaire;* il embrasse donc, à la différence du précédent article, la confirmation tacite comme la ratification expresse.

Cette proposition, ajoute-t-il, *paraîtra surtout évidente*, si on se rappelle que l'Ordonnance de 1731 voulait non-seulement que l'acceptation du donateur fût expresse, mais encore qu'on n'eût aucun égard à l'acceptation tacite, *quand même le donataire serait entré en possession des choses données;* d'où il conclut que le Code, en ne reproduisant pas cette disposition, l'a par cela même rejetée. (*Encycl. du Droit*, v° *Actes confirmatifs*, n° 28.)

Telle est aussi la doctrine de Toullier. (T. V, n° 526.)

Mais cette doctrine est, suivant nous, inadmissible :

1° Le texte de l'article 1339 est, en effet, absolu :

« Nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. »

Aucune confirmation donc n'est possible, pas plus tacitement qu'expressément.

2° Comment! la confirmation expresse, la plus formelle, la plus détaillée, y serait impuissante.

Et on voudrait que la confirmation tacite eût un effet plus puissant!

Mais c'est *a fortiori* que l'article 1339 prohibe la confirmation tacite, par cela même qu'il prohibe la confirmation expresse.

3° Les arguments, que l'on déduit soit de la différence de rédaction entre les articles 1339 et 1340, soit de l'Ordonnance de 1731, sont trop indirects pour prévaloir contre cette démonstration.

Et ils échouent évidemment contre le texte de la disposition finale de l'article 1339.

Ajoutons même qu'il est démontré, par l'article 962, que lorsque la donation entre-vifs est réduite à néant, elle ne saurait revivre, *lors même que le donataire serait entré en possession des biens donnés.* (Comp. Cass., 6 juin 1821, Sirey, 1823, I, 41; Bourges. 30 août 1831, Dev., 1832, II, 111; Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. II, § 5; Duranton, t. VIII, n° 389 et t. XIII, n° 292; Duvergier, sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 264.)

740. — Nous venons de supposer une donation d'immeuble, nulle en la forme; et nous avons dit que l'exécution volontaire, que la tradition que le donateur en ferait au donataire, ne pourrait pas la confirmer.

En serait-il de même de la donation d'un meuble corporel?

Il faut, à notre avis, répondre affirmativement.

Mais, pourtant, la donation de meubles corporels peut être faite valablement de la main à la main, par la seule délivrance?

La donation! oui.

Mais non pas *la confirmation!*

L'article 1339 est, en effet, général; il régit les donations de meubles comme les donations d'immeubles.

Si donc la tradition faite par le donateur au donataire des meubles compris dans la donation nulle en la forme, n'a été, de sa part, dans sa pensée, que l'exécution de cette donation, si elle a été faite *animo solvendi*, cette tradition ne vaudra ni comme confirmation, puisque la confirmation est impossible, ni comme donation, puisqu'elle n'a pas été faite *animo donandi*.

Ce qu'il faudrait, pour que la tradition devînt une donation, c'est qu'elle eût été faite en connaissance de cause, dans la pensée et la volonté *de refaire* manuellement la donation, c'est-à-dire de faire une autre, une nouvelle donation. (Comp. Cass. 23 mai 1822, le baron Duert-Kerch, Sirey, 1823, I, 78.)

Et ce qui démontre bien que ce serait là, en effet, une donation nouvelle, et non pas une confirmation de la première donation, c'est qu'elle ne s'appliquerait qu'à ceux des meubles qui y seraient compris, et qui auraient été délivrés par le donateur au donataire.

De sorte que si d'autres meubles, qui étaient compris dans la donation nulle en la forme, ne se trouvaient pas compris dans la donation nouvelle, le donataire n'aurait aucun titre pour en demander la délivrance au donateur. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 312 *bis*.)

741. — C'est pourquoi nous pensons aussi, malgré des dissidences considérables, que la donation, nulle en la forme, ne pourrait pas être, de la part du donateur, la cause valable d'une novation proprement dite.

Rien n'empêche, dit-on, le donateur de transformer cette donation en un autre contrat. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 264; Larombière, t. IV, art. 1338, n°s 7-8.)

A quoi nous répondons que rien n'empêche, sans doute, le donateur de faire une convention nouvelle quelconque avec le donataire.

Et nous ajoutons que ce sera, en effet, une nouvelle convention, distincte et indépendante de la donation

nulle en la forme, et qui devra réunir, par elle-même, toutes les conditions essentielles pour la validité des conventions en général.

742. — C'est par un testament, fait en faveur du donataire, que le donateur a confirmé la donation nulle en la forme, qu'il lui avait faite!

Est-ce que ce testament ne sera pas valable?

Assurément oui, il sera valable.

Mais c'est le testament qui sera valable, en effet, et non pas la donation.

Nous aurons un légataire; nous n'aurons pas un donataire!

743. — L'article 1339 ne mentionne que le *donateur*.

D'où M. Larombière conclut qu'il est inapplicable au *donataire*.

« Le donataire peut, au contraire, dit le savant auteur, valablement confirmer la donation, expressément ou tacitement, comme s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. En exécutant volontairement les charges de la donation, il se rend donc non recevable à l'attaquer personnellement plus tard, soit pour vice de forme, soit pour tout autre vice. Cette inégalité de position, entre le donateur et le donataire, résulte du silence que l'article 1339 garde à l'égard de ce dernier. Et si l'on veut l'explication de ce silence, il est facile de la trouver dans le caractère spécial des obligations gratuites que contracte le donateur. Comme la loi a stipulé, dans son intérêt personnel exclusivement, la protection qu'elle fait résulter, pour lui, de l'observation de toutes les formes prescrites pour la validité des donations, elle serait inconséquente, si elle l'en dépouillait elle-même, en lui permettant d'éluder ces formes protectrices. » (T. IV, art. 1338, n° 12; comp. Teste, *Encyclopédie du droit*, v° *Actes confirmatifs*, n° 26.)

Nous ne croyons pas que cette doctrine soit juridique;

et l'article 1339 doit être, suivant nous, appliqué au donataire aussi bien qu'au donateur :

1° Est-ce que, en effet, la nullité absolue, de *non esse*, dont la donation entre-vifs se trouve atteinte à l'égard du donateur, n'implique pas nécessairement qu'elle s'en trouve aussi, du même coup, atteinte à l'égard du donataire ?

Oui, sans doute, à notre avis.

Nous ne comprenons pas comment le donataire pourrait exercer une action contre le donateur, pour obtenir l'exécution forcée de cette donation, dont le texte même déclare qu'elle est nulle, à ce point qu'elle doit être refaite en la forme légale !

2° Et il faut bien qu'il en soit ainsi.

Si on déclare seulement ANNULABLE à l'égard du donataire, cette donation que la loi déclare NULLE à l'égard du donateur, voilà la loi elle-même détruite dans sa disposition essentielle.

Et la donation, annulable seulement à l'égard du donataire, va devenir aussi seulement annulable à l'égard du donateur, qui pourra, après avoir, sur la demande du donataire, délivré la chose donnée, demander, à son tour, contre lui, l'accomplissement des charges sous lesquelles la donation a été faite.

3° Ajoutons, enfin, que rien ne serait alors plus facile au donateur, d'accord avec le donataire, que d'éluder la disposition, si énergique pourtant, de l'article 1339, puisqu'il suffirait que l'exécution volontaire commençât du côté du donataire, pour que la donation, nulle en la forme, fût ainsi confirmée, même du côté du donateur.

744. — C'est seulement aux héritiers ou ayants cause du donateur, que la loi permet de confirmer la donation faite par leur auteur ; et nous trouvons là encore un argument de plus contre la doctrine, qui veut le permettre aussi au donataire. (*Supra*, v° 743.)

Mais comment expliquer que la confirmation de la

donation nulle, qui est impossible de la part du donateur, devienne possible de la part de ses héritiers?

C'est ici qu'apparaît la contrariété de doctrine, que nous avons annoncée. (*Supra*, n° 734.)

Les orateurs du gouvernement, dans les travaux préparatoires, n'ont donné de cette différence que des explications assez peu précises. (Comp. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 405.)

Et celles qui ont été fournies par les auteurs, sont très-divergentes.

Les uns ont dit que « la rigueur des formes, et en général, des conditions, auxquelles est assujettie la validité d'une donation, n'ayant son fondement que dans la faveur due aux héritiers légitimes, la nullité, qu'entraîne leur omission, n'est vraiment établie que dans l'intérêt de ceux-ci; ce qui explique comment ils peuvent renoncer à se prévaloir de cette nullité. » (Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 313.)

Mais est-il exact de prétendre que les formes, auxquelles est assujettie la validité des donations, ne sont établies que dans l'intérêt des héritiers légitimes? nous ne le pensons pas; et il nous paraît certain qu'elles sont aussi établies dans l'intérêt du donateur, comme aussi dans l'intérêt des tiers.

On ajoute que « la donation nulle pouvant imposer aux héritiers légitimes du donateur une obligation naturelle, la loi a pu la déclarer susceptible d'être ratifiée par eux. » (Demante, *loc. supra cit.*; Marcadé, art. 1339, n°s 1, 11.)

Mais est-ce que la donation nulle ne pourrait pas aussi imposer au donateur lui-même cette obligation naturelle?

Assurément!

C'est la faute du donateur, s'écrie Marcadé, si la donation est nulle; ce n'est pas la faute de ses héritiers! (*Loc. super cit.*)

Mais cette raison de différence est-elle bien décisive?

et ne peut-il pas arriver que la nullité de la donation ne soit pas non plus imputable au donateur?

Devilleneuve, qui reproduit, en les réfutant, ces différentes explications, conclut ainsi :

« Quant à nous, nous serions porté à croire que, sans se préoccuper de cette idée d'obligation naturelle, dont rien ne révèle la trace, le législateur a seulement voulu, dans l'article 1339, par une sorte de sanction pénale infligée au donateur et au donataire, assurer l'observation des formes solennelles prescrites pour les donations dans l'intérêt des tiers; tandis que, dans l'article 1340, où il n'envisage plus que l'intérêt des héritiers, il a simplement pensé qu'il fallait laisser à ces derniers toute faculté de renoncer à opposer les vices de la donation, et de remplir les intentions bienfaisantes de leur auteur, s'ils jugeaient à propos de le faire. » (*Observations* sur l'arrêt de la Cour de Bastia du 10 avril 1854, Arrighi, Dev., 1854-II-236-237.)

Cette considération semblerait, en effet, pouvoir expliquer comment le législateur s'est montré plus sévère envers le donateur lui-même qu'envers ses héritiers.

La vérité est que l'article 1339 contient une disposition spéciale, sévère en effet, en ce sens qu'elle déroge au droit commun, d'après lequel les nullités de forme sont, en général, susceptibles de confirmation.

Mais au donateur, qui a fait une donation nulle en la forme, le législateur a pu dire : il faut la refaire! Le donateur, le plus souvent, le pourra; c'est évidemment là ce que notre texte suppose; et cette seconde donation, refaite, pourra être exactement la reproduction de la première : par le même donateur, au même donataire, ou, si celui-ci est décédé, à ses héritiers, qui en auraient profité; et, dans tous les cas, aux dépens du même patrimoine.

Très-différente est la situation des héritiers, qui voudraient respecter la donation, nulle en la forme, faite par leur auteur.

Ils ne peuvent pas, eux, la refaire!

Celle qu'ils feraient, serait une tout autre donation, par un nouveau donateur, dans des conditions nouvelles de capacité personnelle et de disponibilité réelle, puisque les biens, compris dans cette donation, seraient désormais les leurs ;

Tandis que, en confirmant la donation faite par leur auteur, ils ne font eux-mêmes aucune donation; et c'est bien, en effet, la donation faite par leur auteur, qui reçoit son exécution, aux dépens des biens qui lui appartenaient.

745. — Ce n'est, bien entendu, qu'*après son décès*, suivant les termes de notre texte, que les héritiers ou ayants-cause du donateur peuvent confirmer la donation faite par lui.

Avant son décès, une telle confirmation aurait le caractère d'un pacte sur une succession future; et elle serait elle-même nulle de ce chef. (Art. 791, 1130, 1600; comp. Bastia, 10 avril 1854, Arrighi, Dev. 1854-II-236; Bigot-Preameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 405; Delvincourt, t. II, p. 255; Duranton, t. XIII, n° 291; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 265.)

746. — Cette explication nous révèle le vrai sens du mot : *ayant cause*, qui se trouve dans l'article 1340, à la suite du mot : *héritiers;*

Lesquels ayants cause ne peuvent, pas plus que les héritiers, confirmer la donation *avant son décès*.

D'où il suit qu'il s'agit des ayants cause, dont le droit s'ouvre, en effet, par le décès du donateur :

Soit qu'ils recueillent ses biens, en vertu de la loi, comme héritiers légitimes ou successeurs irréguliers;

Soit qu'ils recueillent ses biens, en vertu de sa volonté, par donation de biens à venir, ou par testament, à titre universel ou à titre particulier. (Comp. Larombière, t. IV, art. 1340, n° 14.)

747. — L'article 1339 dispose, dans les termes les plus généraux, que la confirmation de la donation, par les héritiers ou ayants cause du donateur, les rend non-recevables à opposer soit les vices de forme, *soit toute autre exception :*

Non-seulement donc les exceptions qui auraient pu être opposées par le donateur lui-même, comme celle, par exemple, qui résulterait de la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant (art. 960);

Mais encore les exceptions, qu'ils auraient pu opposer de leur propre chef, comme celles, par exemple, qui résulteraient d'une incapacité de disposer ou de recevoir, ou de l'atteinte portée à leur réserve, d'autant plus que cette atteinte ne rend pas la donation nulle, mais seulement sujette à réduction. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments,* t. III, nos 784-786; Larombière, t. IV, art. 1340, n° 16; Cass, 6, juill. 1869, Valery, Dev. 1869, I, 459.)

748. — Il n'y a d'ailleurs rien de particulier, en ce qui concerne les formes de la confirmation, qui peut être faite par les héritiers ou ayants cause du donateur.

Elle peut, en effet, évidemment, avoir lieu, comme toute confirmation en général, suivant les termes de l'article 1338 :

Soit par un acte exprès;

Soit par l'exécution volontaire.

749. — Rappelons, toutefois, que cette confirmation ne résulterait pas du silence gardé, pendant dix ans, à compter du jour du décès du donateur, par ses héritiers ou ayants cause, et qu'il n'y a point, dans ce cas, de corrélation entre l'article 1304 et l'article 1338.

Telle est, du moins, la solution que nous avons cru devoir donner à cette question délicate et controversée. (Comp. *supra,* n° 121.)

750. — Les articles 1339 et 1340 sont-ils applicables au testament, aux dispositions testamentaires?

L'article 1339?

Certainement oui!

Il est clair que le testateur ne saurait réparer, par aucun acte confirmatif, les vices d'un testament nul en la forme; il ne peut aussi que le refaire! (Comp. Cass., 3 fév. 1873, Bonhoure, Dev., 1873, I, 107.)

Mais, par cela même aussi, il faut répondre que l'article 1340 est applicable aux héritiers ou ayants cause du testateur. (Comp. Cass., 10 déc. 1874, Pelletier, Dev., 1875, I, 313.)

Non-seulement, il serait impossible de signaler, à ce point de vue, aucune raison de différence entre la donation entre-vifs et le testament.

Mais tous les motifs par lesquels nous avons vu plus haut que peuvent être expliqués ces deux textes, sont également communs à l'une et à l'autre manière de disposer. (*Supra*, n° 744.)

De sorte qu'il faut entendre les mots : *donation et donateur*, employés par le législateur, dans ces articles, comme exprimant, dans sa pensée, *la donation entre-vifs ou testamentaire*. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n°s 491-492; Cass., 16 août 1841, Lafargue, Dev., 1841, I, 609; Rennes, 26 juill. 1843, Lafargue, Dev., 1844, II, 342; Toulouse, 7 févr. 1844, Penavagré, Dev., 1845, II, 256; Rennes, 12 mai 1851, Hamonie, Dev., 1852, II, 287; Merlin, Répert. v° *Testament*, sect. II, § 5; Toullier, t. VII, n° 73; Duranton, t. IX, n° 174; Colmet de Santerre, t. V, n° 313 *bis* II; Larombière, t. IV, art. 1339-1340, n° 17.)

751. — C'est que, en effet, la confirmation peut avoir lieu, en général, pour couvrir les nullités de forme, aussi bien que les autres espèces de nullité;

Toutes les fois, bien entendu, qu'il ne s'agit pas de ces formes, qui sont prescrites, non pas dans l'intérêt particulier des parties, mais dans l'intérêt des tiers, c'est-à-dire

dans un intérêt général; telles, par exemple, que les formes aux quelles la constitution et la publicité des hypothèques est soumise. (Art. 2115, 2127, 2148.)

Il est évident, en effet, qu'aucune confirmation ne peut prévaloir contre une disposition d'intérêt public, quelle qu'elle soit. (Comp. Lyon, 13 févr. 1836, Chausson, Dev., 1837, II, 263; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 264; Larombière, t. IV, art. 1339-1340, n° 18.)

752. — Ce qui est certain également, c'est que nos articles, et spécialement l'article 1338, ne sont pas applicables à l'espèce de ratification, que nous avons mentionnée plus haut, et par laquelle une personne approuve une convention, qu'une autre personne a consentie, en son nom, sans en avoir reçu le mandat. (*Supra*, n° 722.)

L'article 1338, au contraire, règle les conditions et les formes de la confirmation ou de la ratification des conventions annulables, dans lesquelles la personne, de qui émane cette confirmation ou ratification, a été partie par elle-même ou par ses auteurs.

Les deux hypothèses sont donc très-différentes.

La ratification, dont il est question dans l'article 1998, est régie uniquement par cet article, qui ne l'assujettit à aucune forme spéciale. (Comp. Cass., 26 déc. 1815, Sirey, 1816, I, 243; Cass., 4 avril 1821, Sirey, 1822, I, 33; Duranton, t. XIII, n° 265; Troplong, *du Mandat*, n°s 608-609; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 261; Larombière, t. IV, art. 1338, n°s 3 et 60.)

II.

A QUELLE ÉPOQUE; — ET DE QUELLE MANIÈRE LA CONFIRMATION PEUT AVOIR LIEU.

SOMMAIRE.

753. — Division.
754. — I. — A quelle époque la confirmation peut-elle avoir lieu?
755. — Suite.
756. — Suite.

757. — Suite.
758. — Suite.
759. — Suite.
760. — Suite.
761. — II. — Quelles sont les conditions intrinsèques de la confirmation; et les formes extrinsèques, sous lesquelles elle peut se produire. — La confirmation est expresse ou tacite.
762. — *a.* — De la confirmation expresse. — L'acte, qui la constate, doit contenir trois énonciations :
763. — 1° Il faut que l'acte confirmatif contienne la substance de l'obligation confirmée.
764. — 2° Il faut que l'acte confirmatif contienne la mention du motif de l'action en nullité ou en rescision.
764 *bis.* — Suite.
765. — 3° Il faut que l'acte confirmatif exprime l'intention de réparer le vice, sur lequel l'action en nullité ou en rescision est fondée.
766. — Lorsque l'acte confirmatif ne contient pas la preuve complète, par lui-même, de l'accomplissement des conditions requises par l'article 1338, laquelle des deux parties doit prouver que ces conditions sont remplies?
767. — En quelle forme la confirmation expresse peut-elle être faite?
768. — Il n'est pas nécessaire que la confirmation soit acceptée par la partie, au profit de laquelle elle est faite.
769. — Suite. — Il en est, toutefois, autrement de la confirmation des dispositions testamentaires. — Explication.
770. — *b.* — De la confirmation tacite. — Elle résulte de l'exécution volontaire de la convention sujette à l'action en nullité ou en rescision.
771. — Suite.
772. — L'exécution volontaire ayant eu lieu, laquelle des deux parties, du créancier ou du débiteur, doit prouver qu'elle a eu lieu, conformément aux conditions, qui sont requises par la loi?
773. — Suite.
774. — Suite.
775. — Suite.
776. — La confirmation résulte de l'exécution partielle aussi bien que de l'exécution totale de l'obligation.
777. — L'exécution doit être volontaire. — Conséquence.
778. — En quoi consiste l'exécution d'où la confirmation résulte?
779. — Suite.
780. — Suite.
781. — Suite.
782. — Suite.
783. — Suite.

753. — Nous avons ici deux points à examiner; savoir :

I. A quelle époque la confirmation peut avoir lieu;

II. De quelle manière; et suivant quelle forme.

754. — I. Nos textes ne déterminent aucune époque précise, où la confirmation d'une convention, sujette à une action en nullité ou en rescision, devrait avoir lieu.

Rien donc ne s'oppose à ce qu'elle ait lieu immédiatement après cette convention elle-même. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 477.)

A la condition, pourtant, que si le vice, d'où résultait l'action en nullité ou en rescision, était de nature à se prolonger pendant plus ou moins longtemps, ce vice ait cessé d'exister, à l'époque de la confirmation.

Autrement, il est clair que la confirmation serait entachée du même vice que la convention.

Nous avons trouvé l'application de ce principe dans l'article 1304, qui ne fait commencer la prescription décennale, d'où la confirmation tacite résulte, qu'à compter du jour, où le vice, qui donnait lieu à l'action en nullité ou en rescision, a disparu. (*Supra*, n° 143.)

Et c'est le même principe, que notre article 1338 consacre, lorsqu'il dispose que :

« A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il « suffit que l'obligation soit exécutée volontairement, « *après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être vala-* « *blement confirmée ou ratifiée.* » (Comp. aussi art. 1340; *supra*, n° 745.)

755. — Ce n'est pas que confirmer une convention soit consentir, à nouveau, une seconde fois, cette convention.

La confirmation ne la crée pas sans doute; elle ne fait que la consolider rétroactivement.

Mais cette rétroactivité même témoigne que si la confirmation ne crée pas la convention, elle ne s'en rattache pas moins aux conditions essentielles de son existence, et qu'elle devient ainsi elle-même l'un des éléments constitutifs de sa formation originaire.

Et c'est pourquoi il faut, en effet, qu'elle réunisse, à l'époque où elle a lieu, dans la personne de la partie, de qui elle émane, les conditions nécessaires pour la formation de la convention : les conditions relatives à la capacité, au consentement, et, bien entendu aussi, à l'objet et à la cause.

756. — En conséquence, la convention, sujette à une action en nullité ou en rescision, pour cause de violence, d'erreur ou de dol, ne peut être confirmée qu'après la cessation de la violence, ou la découverte de l'erreur ou du dol. (Comp. art. 892 et 1115.)

757. — Quant à la lésion, la convention, qui en est entachée, peut être confirmée immédiatement, soit expressément par un acte, soit tacitement par l'exécution volontaire.

Elle peut être, disons-nous, confirmée immédiatement; car ce n'est que *dans le contrat*, que l'article 1674 défend de renoncer à l'action en rescision. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 477.)

Seulement, il faut aussi que la confirmation ait lieu en connaissance de cause.

Et même, le caractère particulier de ce vice, qui est souvent un mélange d'erreur ou de dol, exige que l'on vérifie exactement si la partie a connu le vice de la convention, qu'elle a confirmée, surtout si la confirmation résulte tacitement de l'exécution volontaire, et si cette exécution a suivi de près la formation de la convention. (Comp. notre *Traité* précité, t. V, n°s 480, 493, 497; Toullier, t. IV, n° 505; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 26.)

758. — Le vice, qui donne naissance à l'action en nullité ou en rescision contre la convention, provient-il d'une incapacité personnelle?

Ce n'est qu'après la cessation de son incapacité, que la partie obligée pourra confirmer la convention.

Un mineur s'est obligé ; — il ne pourra confirmer son obligation, qu'à compter du jour de sa majorité.

Et même, si, devenu majeur, il a consenti une convention avec son tuteur, sans l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 472, il ne pourra la confirmer qu'après l'accomplissement de ces formalités, pour que la confirmation ne soit pas entachée de ce vice d'incapacité, qui se prolonge, même après la majorité, entre l'ex-mineur et son ex-tuteur. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle; — de l'Émancipation*, etc., t. II, n° 60.)

759. — Un individu, pourvu d'un conseil judiciaire, a contracté une obligation, sans l'assistance de son conseil.

Cette obligation, annulable ou rescindable, ne pourra être confirmée par lui qu'après le jugement, qui aura donné main-levée de son incapacité.

C'est l'application de notre principe.

Mais voici que, pendant son incapacité même, l'obligé confirme la convention, avec l'assistance de son conseil?

Ce sera aussi l'application de notre principe, de répondre que cette confirmation est valable; car elle a lieu dans les mêmes conditions de validité, où la convention aurait pu être originairement faite; et elle émane d'une partie aujourd'hui capable, puisque l'assistance du conseil judiciaire fait disparaître son incapacité. (Comp. Cass., 6 juin 1860, Jamard, Dev., 1860, I, 593.)

Il faut évidemment étendre ce principe à tous les cas semblables. (Duranton, t. XIII, n° 277; Toullier, t. IV, n°s 504-505; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 268; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 17; comp. toutefois notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 211.)

760. — Ajoutons, enfin, que si la nullité d'une contre-lettre par laquelle les époux auraient, après la célébration du mariage, modifié leurs conventions matrimoniales, ne peut être, tant que dure le mariage, couverte par aucun acte confirmatif, rien ne s'oppose à

ce qu'elle soit couverte par la confirmation, après la dissolution du mariage.

L'obstacle, en effet, qui existait pendant le mariage, a cessé d'exister après le mariage dissous.

Nous retrouverons d'ailleurs plus tard, cette thèse à sa place, dans le titre du *Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*. (Comp. Cass., 31 janv. 1833, Dev., 1833, I, 474; Toulouse, 19 janv. 1853, Tannebier; Montpellier, 9 déc. 1853, Daguerre, Dev., 1854, II, 33; Riom, 23 juin 1853, Chara, Dev., 1854, II, 37; Cass., 29 mai 1854, Barjou, Dev., 1854, I, 437; Merlin, Répert. v° *Conventions matrimoniales*, § 2; Pont et Rodière, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 158; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 265; Larombière, t. IV, art. 1338, n°s 21-23.)

761. — II. Examinons maintenant les conditions intrinsèques de la confirmation, et les formes extrinsèques sous lesquelles elle peut se produire. C'est sous ce second rapport, avons-nous dit, que ce sujet se rattache, à la matière des preuves. (*Supra*, n° 227.)

La confirmation est expresse ou tacite.

762. — *a.* La confirmation expresse résulte d'une manifestation formelle de volonté, de la part de celui qui confirme.

L'article 1338 exige que l'acte, qui constate la confirmation, renferme trois énonciations, dont le but est que l'on soit assuré que cette volonté est exprimée en pleine connaissance de cause.

Il faut, à cet effet, que l'acte contienne :

1° La substance de l'obligation confirmée;

2° La mention du motif de l'action en nullité ou en rescision;

3° L'intention de réparer le vice, sur lequel cette action est fondée.

763. — 1° *La substance* de l'obligation n'est pas précisément *la teneur* de l'acte, qui la renferme. (Comp. *supra*, n° 712.)

Ce que la loi exige, dans l'article 1338, c'est une désignation de l'obligation annulable assez précise pour en déterminer l'identité d'une manière non équivoque, et telle qu'il ne soit pas possible de la confondre avec une autre obligation.

La partie, qui confirme, avait contracté, envers la même personne, deux obligations : l'une, de 10 000 fr.; l'autre, de 20 000 fr. Il ne faut pas qu'en voulant confirmer seulement la première, elle se trouve avoir confirmé la seconde !

Il n'y a, sur ce point, aucune formule sacramentelle.

Que l'on indique l'obligation annulable par son caractère, par le nom qui lui a été donné, par ses clauses principales, ces indications, plus ou moins détaillées, pourront suffire, si, en effet, elles constatent suffisamment l'identité de l'obligation, qu'il s'agit de confirmer.

Suffirait-il de l'indiquer par sa date seulement?

Oui, répond M. Larombière, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur son identité. (T. IV, art. 1338, n° 28.)

C'est bien peu pourtant! et il nous paraît difficile d'y trouver *la substance* de l'obligation.

« Nulle incertitude ne doit exister, dit M. Teste, sur l'intime relation de la confirmation à l'acte. Il faut que l'on sache bien quel est l'acte, qu'on veut confirmer. Dans les différentes espèces de contrats, il est facile de discerner ce qui est de la substance de chacun d'eux. S'agit-il d'un prêt? la somme prêtée est la stipulation substantielle. S'agit-il d'une vente? il faudra rappeler la chose vendue et le prix, sans lesquels on ne concevrait pas qu'il y eût vente » (Encyclopédie du Droit, v° *Actes confirmatifs*, n° 11.)

764. — 2° La mention du vice, d'où résulte l'action en nullité ou en rescision, n'est pas moins importante pour prouver que la partie, qui confirme, savait bien exactement, en effet, l'action qui lui appartenait, et à laquelle elle renonce.

Pas de difficulté, si l'obligation confirmée n'était entachée que d'un seul vice, et que mention de ce vice ait été faite dans l'acte confirmatif.

Mais il se peut que la même obligation soit entachée de plusieurs vices distincts, qui donnent lieu, chacun séparément, à une action distincte en nullité ou en rescision, pour cause d'incapacité, par exemple, et pour cause d'erreur et de dol en même temps.

Pas de difficulté non plus, si l'acte confirmatif énonce chacun de ces vices.

Mais supposons :

Soit qu'il n'en énonce qu'un seul sur deux, ou que deux sur trois ;

Soit qu'il n'en énonce aucun.

Dans le premier cas, il faut répondre que la partie, qui a fait la confirmation, n'a pas renoncé aux actions en nullité, qui résultent de ceux des vices de l'obligation qui ne sont pas mentionnés dans l'acte confirmatif. La partie, en effet, peut bien avoir voulu renoncer à l'action en nullité d'une convention, qu'elle avait consentie en minorité, si elle reconnaît qu'elle l'a consentie avec une maturité de raison suffisante. Mais que cette convention lui ait été surprise, en outre, par dol, c'est bien différent ! il faut qu'il soit prouvé qu'elle a entendu renoncer aussi à l'action en nullité, qu'elle avait, en outre, pour cette cause. (Comp. Cass., 12 juin 1839, Dessain, Dev., 1839, I, 659.)

Et dans le second cas ?

Tout de même ! elle n'a renoncé à aucun de ces vices, puisqu'aucun n'a été mentionné dans l'acte confirmatif.

Telle est, suivant nous, en principe, la solution juridique.

Nous reconnaissons, toutefois, que cette solution pourrait bien, dans certains cas, ne point paraître satisfaisante ; car, enfin, cet acte confirmatif est là, qui témoigne bien d'une volonté de confirmation !

764 *bis*. — Aussi, notre solution n'est-elle pas absolue.

Régulièrement, sans doute, il faut que les trois énonciations qui sont requises par l'article 1338, se trouvent dans l'acte confirmatif, et que leur existence soit prouvée par cet acte même.

L'acte confirmatif ne fera donc pas une preuve complète de la confirmation, s'il ne les contient pas; il ne fera pas, disons-nous, une preuve complète, suffisante pour que les magistrats puissent déduire, de cet acte seul, que la confirmation a eu lieu, dans les conditions que la loi y exige.

Mais cette preuve, que l'acte confirmatif ne fournit pas, pourra être fournie par les autres moyens, d'après le Droit commun, en matière de preuves.

Il ne faut croire, en effet, quoique la rédaction de l'article 1338 puisse faire naître, à cet égard, quelques doutes, que le législateur ait fait de la confirmation expresse un acte solennel, de sorte qu'aucune autre preuve que celle de l'écriture, n'en pourrait être admise.

Telle n'est pas la portée de notre texte, qui exige bien, lorsqu'un acte confirmatif est rédigé, qu'il contienne certaines énonciations, mais qui n'exige pas qu'un acte soit rédigé.

Il ne s'agit pas ici des conditions intrinsèques de validité de la confirmation elle-même.

Il s'agit des formes extrinsèques, qui ne sont exigées que comme un moyen de prouver l'existence de ces conditions, et à l'accomplissement desquelles la validité même de la confirmation n'est pas subordonnée.

La confirmation peut donc être valable, indépendamment de tout acte confirmatif.

D'où il suit que les autres moyens de preuve seront admissibles, même la preuve testimoniale et les présomptions, s'il existe un commencement de preuve par écrit.

Or, il est clair que l'acte confirmatif, qui ne remplit

pas les conditions prescrites par l'article 1338, s'il ne fournit pas une preuve complète, peut bien fournir un commencement de preuve. (Comp. Poitiers, 7 juill. 1825, Sirey, 1826, II, 43; Toullier, t. IV, n° 199; Duranton, t. XIII, n° 276; Teste, Encyclopédie du Droit, v° *Actes confirmatifs*, n°s 13-15; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 268; Colmet de Santerre, t. V, n° 309 *bis*, IV; Larombière, *loc. supra cit.*)

765. — 3° Enfin, il faut que l'acte confirmatif exprime l'intention de réparer le vice sur lequel l'action en nullité ou en rescision est fondée.

C'est la troisième mention, et non la moins importante!

Puisque c'est l'intention, la volonté de confirmer l'obligation annulable, qui donne à l'acte confirmatif sa véritable signification et sa force!

766. — Lorsque l'acte confirmatif ne contient pas la preuve complète, par lui-même, de l'accomplissement des conditions requises par l'article 1338, nous pensons que c'est au créancier de prouver que ces conditions sont remplies.

Telle nous paraît être la conséquence de l'exacte distribution des rôles, qu'il convient de faire entre les parties.

Le débiteur, demandeur en nullité ou en rescision de l'obligation, a fait, nous le supposons, sa preuve; il a établi que l'obligation doit être annulée.

C'est le créancier, maintenant, qui devient, à son tour, demandeur, en opposant la confirmation; et puisqu'il l'oppose, c'est à lui de prouver que son moyen est fondé, et qu'elle réunit, en effet, toutes les conditions requises par l'article 1338.

Nous allons bientôt retrouver cette même question, plus controversée encore, relativement à la confirmation tacite, qui résulte de l'exécution volontaire; et la solution, à notre avis, devra être la même. (Comp. *infra*. n° 772.)

767. — La confirmation expresse peut être faite soit par un acte authentique, soit par un acte sous signature privée, soit même verbalement; sauf, dans ce dernier cas, la difficulté de la preuve.

Toutefois, dans le cas où l'obligation, qu'il s'agit de confirmer, est soumise par la loi à la condition qu'elle sera constatée par un acte authentique, pour garantir la liberté et la sincérité du consentement de la partie, qui la soucrit, il est clair que l'acte de confirmation doit être lui-même constaté par un acte authentique. (Comp. *supra*, n° 755.)

C'est ainsi, disent MM. Aubry et Rau, qu'une reconnaissance d'enfant naturel, contenue dans un acte notarié, nul en la forme, ne peut être confirmée que par un acte authentique. (T. VI, p. 267-268.)

Nous ne pouvons que nous référer, sur ce point, aux distinctions, que nous avons présentées (dans notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 431, 432).

768. — La confirmation n'exige pas le concours des deux volontés; et le consentement de la partie, au profit de laquelle elle est faite, n'y est pas nécessaire;

Pas plus dans la confirmation expresse que dans la confirmation tacite.

C'est un acte unilatéral de sa nature; et une fois faite par l'une des parties, elle ne peut pas être révoquée ni rétractée sous le prétexte que l'autre partie ne l'aurait pas acceptée.

C'est que la convention, qui a été confirmée, n'était pas nulle, mais seulement annulable! elle existait valablement; et par conséquent, le consentement de l'autre partie était toujours là, de manière que le consentement nouveau, résultant de la confirmation faite par l'autre partie, pouvait toujours aussi venir s'y joindre.

Par ce consentement toujours subsistant, la partie, au profit de laquelle la confirmation a eu lieu, est censée y avoir donné son adhésion, par anticipation, dès le jour

où la convention a été formée. (Comp. *supra*, n° 755; Cass. 10 nov. 1874, Pelletier, Dev. 1875. I, 313; Merlin, Quest. de Droit, v° *Mineur*, § III, et v° *Testament*, § XVIII; Toullier, t. IV, n° 509; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 47.)

769. — Ce motif peut expliquer pourquoi, au contraire, la confirmation des dispositions testamentaires, pour être irrévocable, doit être acceptée par ceux au profit desquels elle est faite.

Telle est, en effet, la doctrine généralement admise.

Et avec raison, suivant nous.

C'est que, en effet, il n'existe pas, dans ce cas, comme dans la matière des conventions, un consentement antérieur, donné par anticipation, auquel puisse venir se joindre le consentement, qui produit la confirmation.

D'où il suit qu'il faut, pour que la confirmation devienne conventionnelle, que ceux au profit desquelles elle a eu lieu, l'aient acceptée expressément ou tacitement. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 333; L. 62 ff. *De condict. indeb.*; L. 16, Cod. *de Testam.*; Riom, 26 juill. 1862, Dev. 1863, 2, I; Agen, 19 déc. 1866, Servain, Dev. 1867, II, 180; Pau, 30 nov. 1869, Maignon, Dev., 1870, II, 116; Merlin, Quest. de Droit, v° *Testament*, § XVIII; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VII, p. 531-532; Larombière, t. IV, art. 1339-1340, n° 19.)

770. — *b.* La confirmation tacite est celle qui résulte de l'exécution volontaire de la convention, qui était sujette à l'action en nullité ou en rescision.

Comment l'exécution même de la convention n'opérerait-elle pas la confirmation tacite, lorsqu'elle est accompagnée, comme il faut qu'elle le soit, des deux conditions qui sont requises pour la confirmation expresse;

C'est-à-dire lorsqu'elle a lieu :

1° Avec la connaissance du motif de l'action en nullité ou en rescision;

2° Avec l'intention de réparer ce vice.

Nulle confirmation ne saurait être, en effet, plus décisive !

771. — Mais il faut, pour cela, disons-nous, que l'exécution ait lieu avec cette double condition de la connaissance du vice, qui engendre l'action en nullité ou en rescision, et de l'intention de le réparer.

Cette proposition résulte évidemment soit du texte même de l'article 1338, soit du motif essentiel, sur lequel il est fondé :

1° L'article 1338 dispose d'abord qu'il suffit que l'obligation soit exécutée *volontairement.....*; ce qui signifie, dans ce cas, très-clairement : *en connaissance de cause.*

Et il ajoute :

«.... *Après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être* « *valablement confirmée ou ratifiée.* »

Ce qui signifie, aussi clairement, après l'époque où les conditions, qui sont requises pour la confirmation expresse, pourraient être remplies;

Or, pourquoi attendre que cette époque soit venue, si ce n'est afin que ces mêmes conditions puissent être également remplies par la confirmation tacite! (Comp. Caen, 15 juin 1835, Jourdan, Dev. 1838, II, 581.)

2° C'est que, en effet, ces conditions-là, la connaissance du vice, qui engendre l'action en nullité ou en rescision, et l'intention de réparer ce vice, ne sont pas des conditions simplement extrinsèques de la confirmation expresse; elles constituent des conditions intrinsèques de toute confirmation; elles tiennent non pas à la forme, mais au fond.

La volonté éclairée de réparer le vice de la convention, mais c'est l'essence même de toute confirmation, expresse ou tacite! (Comp. Cass., 12 juill. 1837, Valory, Dev., 1837, I, 964; Caen, 27 mai 1843, Lemarchand,

Dev., 1843, II, 575; Cass., 19 déc. 1853, Basclé, Dev., 1854, I, 686; Cass., 26 juill. 1856, Verdier, Dev., 1857, I, 824; Riom, 10 janv. 1857, Pewerstofs, Dev., 1857, II, 494; Lyon, 6 août 1857, Allès, Dev., 1858, II, 485; Cass., 26 nov. 1866, Struillon, Dev., 1867, I, 18; Merlin, *Repert.*, v° *Ratification*, n° 9, et Quest. de Droit, t. V, § 7, n° 3; Toullier, t. IV, n° 504; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 266; Colmet de Santerre, t. V, n° 310 *bis*, 1; Larombière, t. IV, art. 1339, n° 35.)

772. — Et c'est ici que s'élève, avec toute sa gravité, la question de preuve, que nous annoncions. (*Supra*, n° 766.)

L'exécution volontaire de l'obligation ayant eu lieu, laquelle des deux parties, du créancier ou du débiteur, doit prouver qu'elle a eu lieu conformément aux deux conditions que la loi exige, et qu'elle est exempte d'erreur, s'il y a contestation sur ce point?

Il faut, à notre avis, faire une distinction :

S'agit-il d'une erreur de fait?

La preuve est à la charge du créancier.

S'agit-il d'une erreur de droit?

La preuve est à la charge du débiteur.

Nous disons, par abréviation, le débiteur et le créancier.

Plus généralement, le débiteur est la partie, qui fait la confirmation;

Le créancier est la partie au profit de laquelle la confirmation est faite.

773. — I. Voici le débiteur, qui, après avoir exécuté l'obligation, en demande la nullité pour un des vices, qui engendrent, en effet, l'action en nullité.

Il a fait, nous le supposons, sa preuve.

Mais le créancier lui oppose la confirmation, qui résulte, dit-il, de l'exécution, par lui de cette obligation.

Eh bien, alors! nous croyons que c'est au créancier de prouver que la confirmation, dont il se prévaut, réunit

les conditions que la loi exige pour sa validité, et que par conséquent l'exécution de l'obligation a eu lieu avec connaissance du vice dont l'obligation était entachée, et avec l'intention de le réparer.

Toullier a pourtant vivement soutenu que la preuve doit être à la charge du débiteur. (T. IV, n° 519.)

Cette fois encore, il a eu un grand succès, celui de convertir Merlin, qui, après avoir professé la doctrine contraire s'est rallié à celle du doyen de la Faculté de Rennes. (Comp., *supra*, n° 729; *Répert.*, v° *Ratification*, n° 9; v° *Testament*, sect. II, § 5, n° 3; Quest. de Droit, v° *Ratification*, § 4, n° 5.)

Toullier raisonnait ainsi :

1° Aux termes de l'article 1338, *il suffit que l'obligation ait été exécutée* par le débiteur, pour qu'elle se trouve confirmée.

D'où il résulte que le créancier n'a qu'à prouver le fait même de l'exécution par le débiteur pour prouver la confirmation.

2° C'est que, en effet, ajoutait Merlin, « on n'exécute un acte que parce qu'on le connaît bien ; il n'y a qu'un insensé qui puisse exécuter un acte qu'il ne connaît pas, ou qu'il ne connaît qu'imparfaitement. » (*Loc. supra cit.*)

Le débiteur a pu se tromper !

Soit ; mais alors qu'il prouve son erreur; car l'erreur ne se présume pas plus dans le consentement que le dol ou la violence.

Est-ce qu'il ne devrait pas faire lui-même la preuve du dol ou de la violence, s'il alléguait que l'exécution, qu'il a faite, est entachée de l'un de ces vices ?

Eh bien ! il en est ainsi de l'erreur.

Il l'affirme.

Qu'il la prouve donc !

Tel est le double argument de cette doctrine.

Nous croyons pouvoir y répondre :

1° D'abord, l'article 1338 ne se borne pas à disposer qu'il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement.

Il ajoute : *après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être volontairement confirmée ou ratifiée* ;

Or, nous avons constaté que cette formule signifie que la confirmation tacite qui résulte de l'exécution volontaire, doit être faite dans les deux conditions, qui sont requises pour la confirmation expresse : connaissance du vice, qui produit l'action en nullité ou en rescision, et intention de le réparer;

Donc, il n'est pas exact de déduire du texte de l'article 1338, de son texte *mutilé*, dit très-bien M. Larombière, cette conséquence que le créancier n'a qu'à prouver le fait de l'exécution.

Ce qui en résulte, au contraire, c'est qu'il doit prouver l'existence des deux conditions, qui caractérisent ce fait et lui donnent son efficacité.

2° Et quand on prétend que c'est au débiteur à prouver l'erreur ou l'ignorance dans laquelle il était, en exécutant l'obligation, ce second argument n'est pas plus exact.

Oui! sans doute, en principe, lorsqu'une partie allègue une erreur comme le fondement de l'action qu'elle intente, ou de l'exception, qu'elle invoque, c'est à elle d'en fournir la preuve; car elle est demanderesse.

Mais telle n'est pas la situation de la partie, qui a exécuté l'obligation sujette à une action en nullité ou en rescision.

Cette partie, demanderesse en nullité ou en rescision, a fait, nous le supposons, sa preuve; son rôle, en ce point, est fini.

Et c'est alors que commence le rôle de l'autre partie, qui, demanderesse, à son tour, dans son exception, affirme que l'exécution de l'obligation en a opéré la confirmation.

Donc, c'est elle, qui doit maintenant fournir sa preuve,

et établir que cette exécution, qu'elle invoque, réunit les conditions requises par la loi à cet effet. (Comp., *supra*, n° 766; Agen, 21 mai 1850, Rossignol, Dev. 1851, II, 177; Marcadé, art. 1338, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 267; Larombière, t, IV, art. 1338, n° 37.)

774. — Ce qui nous paraît vrai seulement, c'est que, pour fournir la preuve, qui est à sa charge, du caractère confirmatif de ce fait d'exécution qu'il invoque, le créancier pourra invoquer les circonstances du fait même, et en déduire les présomptions, qui sont abandonnées à la prudence des magistrats. (Art. 1353.)

La nature plus ou moins apparente de l'action en nullité ou en rescision, suivant qu'il sera plus ou moins vraisemblable que le débiteur a pu ou dû la connaître, le caractère aussi plus ou moins significatif de l'exécution, qui aura eu lieu, tels seront d'ordinaire, pour les magistrats, les deux éléments principaux de cette appréciation. (Comp. Cass., 22 déc. 1842, de Chalais, Dev. 1843, I, 141.)

775. — II. Supposons maintenant que le débiteur, après avoir exécuté l'obligation, allègue que cette exécution de sa part, est entachée d'une erreur de droit.

Il reconnaît lui-même, ou le créancier a prouvé, contre lui, que, en fait, l'exécution qu'il a consentie, remplit les deux conditions que la loi y exige : connaissance du vice; intention de le réparer.

Mais, ajoute-t-il, j'ignorais les conséquences juridiques de ce vice, et l'action en nullité, qu'il ouvrait à mon profit; et cette erreur du droit vicie le caractère de l'exécution, que j'ai consentie.

Pour cette fois, nous mettrons à sa charge la preuve de cette erreur.

Nul, en effet, n'est censé ignorer la loi; et une erreur de ce genre sort des règles ordinaires.

Le créancier, lui! a fourni, au complet toute la preuve que le texte de l'article 1338 exigeait de lui.

A supposer maintenant que le débiteur puisse fournir la preuve que l'erreur de droit, dans laquelle il était, a eu pour résultat d'empêcher l'effet confirmatif de l'exécution de l'obligation, du moins est-il nécessaire qu'il la fournisse! (Comp. Cass., 11 juill. 1859, Lenoble, Dev., 1860, I, 35; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 267; Larombière, t. IV, art. 1138, n° 38.)

776. — Nous n'hésitons pas d'ailleurs à penser, malgré le dissentiment de Marcadé (art. 1338, n° 11), que l'exécution partielle, aussi bien que l'exécution totale, de l'obligation, en opère, pour le tout, la confirmation.

La confirmation, en effet, n'a nullement pour but ni pour résultat de changer ni de modifier l'obligation.

Elle la valide, elle la *confirme*, en un mot, telle qu'elle a été formée, comme elle a été formée, ni plus ni moins.

Par conséquent, l'obligation une fois confirmée par le consentement de la partie, qui aurait pu en demander la nullité ou la rescision, demeure valable, *ut ex tunc*, pour le tout. (Comp., *supra* n°s 438 et 495; Cass., 1er thermidor an IX, Sirey, I, 1, 473; Merlin, Quest. de Droit, v° *Mineur*, § 3 ; Toullier, t. IV, n° 508; Duranton, t. XIII, n° 230 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 268; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 43.)

777. — Le débiteur a exécuté l'obligation, pour se soustraire aux poursuites exercées par le créancier.

Cette exécution n'en opérera pas la confirmation!

Car elle n'est pas *volontaire*; elle n'est pas faite *avec l'intention de réparer le vice, sur lequel l'action en nullité ou en rescision est fondée.* (Art. 1338.)

Il sera prudent, en cas pareil, que le débiteur fasse des protestations et des réserves.

Mais cette précaution n'est pas, toutefois, indispensable, dès qu'il est reconnu, en effet, que le débiteur n'a exécuté l'obligation que par contrainte. (Comp. Cass. 19 janv. 1830, Dev., 1830, I, 69; Toullier, t. IV, n° 512;

Duranton, t. XIII, n° 282; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 269; Larombière, t. IV, art. 1338 n° 41.)

778. — Il n'y aurait pas même du tout d'exécution de l'obligation, ni par conséquent de confirmation :

Soit dans la simple demande d'un délai pour l'exécuter;

Soit dans la constitution d'une hypothèque pour la garantir.

Ce que la loi exige, en effet, c'est l'exécution même, l'exécution définitive, accomplie!

Or, ces actes-là, demande d'un délai, constitution d'une hypothèque, peuvent bien, suivant les cas, annoncer, de la part du débiteur, l'intention d'exécuter l'obligation.

Mais l'intention ne suffit pas pour la confirmation.

C'est l'intention réalisée, qui y est nécessaire! (Comp. Cass., 20 déc. 1832, Dev., 1833, I, 345; Rennes, 8 avril 1835, Razand, Dev., 1836, II, 37; Cass., 31 janv., 1844, Hamard, Dev., 1844, I, 370; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 268, 269; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 45.)

779. — La solution, qui précède, ne devrait pas, toutefois, être maintenue, dans le cas où il résulterait de la convention, par laquelle le créancier aurait accordé un délai au débiteur, ou accepté de lui une hypothèque, que le débiteur, d'accord avec le créancier, a entendu confirmer ainsi l'obligation.

Cette convention est assurément possible et licite, lorsqu'elle a lieu, en effet, à l'époque où *l'obligation peut être valablement confirmée ou ratifiée*, c'est-à-dire avec la connaissance du vice, sur lequel l'action en nullité est fondée, et avec l'intention de le réparer.

Supposons, en effet, que le débiteur a offert au créancier d'exécuter l'obligation.

Sans doute, tant que son offre n'aura pas été acceptée, il pourra la rétracter; et il n'y aura pas de confirmation;

c'est le Droit commun. (Arg. des art. 1121, 1261, 1262, etc.)

Mais le créancier a accepté l'offre.

La convention s'est formée; et cette promesse, désormais conventionnelle, d'exécution, doit équivaloir à l'exécution même. (Comp. Cass., 8 avril 1835, Razand, Dev., 1836, I, 37; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 269; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 45.)

780. — L'exécution, proprement dite, d'une convention consiste :

Pour le débiteur, dans le payement de ce qu'il doit;

Pour le créancier, dans la réception de ce qui lui est dû;

L'exécution, disons-nous, normale, régulière;

Et c'est sans doute celle-là, que le législateur a principalement en vue, dans l'article 1338. (Comp. Cass., 27 juill. 1829, Sirey, 1829, I, 370; Cass., 28 juill. 1829, Sirey, 1829, I, 389.)

781. — Principalement, disons-nous, mais non pas exclusivement.

Car il se peut que d'autres faits, postérieurs à l'exécution de la convention, telle que nous venons de la définir, en opèrent aussi la confirmation.

Voici, par exemple, l'acheteur d'un immeuble, qui a payé son prix au vendeur, duquel il a reçu la tradition de l'immeuble par lui acquis.

Cette convention de vente était entachée d'un vice, qui pouvait ouvrir, au profit de l'acheteur, une action en nullité ou en rescision.

Et l'exécution, qu'il a consentie, n'a pas, nous le supposons, reparé ce vice, parce qu'il l'ignorait, et qu'elle n'a pas été faite, en conséquence, avec l'intention de le réparer.

Mais, ensuite, il découvre ce vice.

Et, au lieu d'intenter une action en nullité, il aliène l'immeuble; il le vend ou il le donne!

Évidemment, il est désormais non recevable à intenter son action en nullité :

1° Parce qu'il n'a pu aliéner l'immeuble, qu'autant qu'il s'en considérait comme propriétaire incommutable, et qu'il n'a pu, après la découverte du vice, sur lequel l'action en nullité était fondée, s'en considérer comme propriétaire incommutable, qu'autant qu'il renonçait à cette action;

2° Parce que, sous un double rapport, il s'est mis dans l'impossibilité d'exercer maintenant l'action en nullité :

Soit envers son vendeur, auquel il ne pourrait plus rendre l'immeuble;

Soit envers son sous-acquéreur, qui est un tiers, au préjudice duquel il ne pourrait plus exercer une action en nullité, dont le résultat serait de l'évincer! (Comp. *infra*, n° 793.)

C'est ce que décide l'article 892, en ces termes :

« Le cohéritier, qui a aliéné son lot, en tout ou en « partie, n'est plus recevable à intenter l'action en res- « cision pour dol ou violence, si l'aliénation, qu'il a « faite, est postérieure à la découverte du dol ou à la « cessation de la violence. »

Or, il n'y a aucun motif pour que cette disposition soit restreinte à l'action en nullité et en rescision des partages.

Et il faut, en étendre l'application à toutes les actions en nullité ou en rescision, quel que soit le caractère de la convention. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 484-486; Larombière, t. IV, art. 1338 n° 44.)

782. — La même solution serait applicable à des actes qui seraient l'œuvre du débiteur seul, sans le concours d'aucune autre personne.

L'acheteur de cet immeuble y a fait des constructions, des travaux, qui impliquent de sa part, la volonté d'agir en propriétaire, et qu'il ne pouvait faire qu'à ce titre.

Il les a faits, depuis la découverte du vice, qui l'autorisait à former, contre la vente, une action en nullité et en rescision.

Donc, il a renoncé à cette action.

A fortiori, y aurait-il renoncé, si, au lieu de construire, il avait démoli, détruit, dilapidé! (Comp. notre *Traité* précité, t. V, n° 492; Larombière, *loc. supra cit.*)

783. — Il est clair, d'ailleurs, qu'il n'en serait pas ainsi, en principe, des simples actes d'administration;

Si aucune circonstance spéciale ne témoignait, par exception, qu'ils ont été faits à titre de propriétaire. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 282.)

III

QUELS SONT LES EFFETS DE LA CONFIRMATION.

SOMMAIRE.

784. — Division.
785. — A. — De l'effet de la confirmation entre les parties.
786. — B. — De l'effet de la confirmation à l'égard des tiers. — La confirmation ne peut avoir un effet rétroactif à leur préjudice. — Explication.
787. — Quels sont ceux, qui doivent être considérés comme des tiers, dans le sens de l'article 1338?
788. — Suite.
789. — Suite. — Division.
790. — Observation générale.
791. — Suite.
792. — 1° Les créanciers chirographaires de la partie, qui a consenti la confirmation, sont-ils des tiers auxquels l'effet rétroactif de cette confirmation ne puisse pas être opposé?
793. — 2° Les acquéreurs à titre onéreux ou à titre gratuit, sont-ils des tiers auxquels l'effet rétroactif de la confirmation ne puisse pas être opposé?
794. — Suite.
795. — Suite.
796. — Suite.
797. — 3° Les créanciers hypothécaires sont-ils des tiers auxquels l'effet rétroactif de la confirmation ne puisse pas être opposé?
798. — Suite.
799. — Suite.
800. — Suite.

801. — Suite.
802. — La doctrine qui vient d'être appliquée à l'hypothèque conventionnelle, est-elle aussi applicable à l'hypothèque légale et à l'hypothèque judiciaire?

784. — Nous allons examiner les effets de la confirmation, sous deux points de vue; à savoir :

A. D'abord, entre les parties;

B. Ensuite, à l'égard des tiers.

785. — A. Entre les parties, l'article 1338 détermine l'effet de la confirmation en ces termes :

« La confirmation, ratification, ou exécution volontaire, « dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, « emporte la renonciation aux moyens et exceptions, « que l'on pouvait opposer contre cet acte... »

C'est-à-dire que la convention, qui était annulable ou rescindable, est désormais à considérer comme si elle ne l'avait jamais été, et qu'elle produit ses effets, non pas *ut ex nunc*, comme du jour de la confirmation, mais bien *ut ex tunc*, comme du jour de sa formation.

De même, en effet, que la rescision prononcée l'annule rétroactivement (comp. *supra*, n° 168);

De même, c'est rétroactivement que la confirmation la valide.

Ou plutôt, non! la confirmation ne la valide pas; car elle était valable!

Qui confirmat nihil dat, disait Dumoulin, pour exprimer cet effet rétroactif de la confirmation.

Seulement, la convention était vicieuse, et la voilà purifiée!

On pourrait presque dire, au figuré : elle était MALADE; et là voilà GUÉRIE! (Comp. Toullier, t. IV, n°s 513, 514; Duranton, t. XIII, n°s 287-289; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 269; Larombière, t. IV, art. 1338, n° 49.)

786. — B. Quel est maintenant l'effet de la confirmation à l'égard des tiers?

L'article 1338, après en avoir déterminé l'effet rétroactif entre les parties, ajoute :

« Sans préjudice néanmoins du droit des tiers. »

Remarquons cette formule, qui réserve *le droit* des tiers.

Ce qui implique que les tiers, dont il s'agit dans l'article 1338, ont un droit, qui, par sa propre force et par sa seule énergie, résiste, en ce qui les concerne, à toute rétroactivité de la confirmation.

L'article 1338 n'est pas, en effet, une application de l'article 1167, qui institue l'action Paulienne, et qui autorise les créanciers à faire révoquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; les créanciers, dans le cas de l'article 1167, doivent prouver la fraude de leur débiteur, le *consilium fraudis*.

Les tiers, dans le cas de l'article 1338, n'ont à faire aucune preuve de ce genre.

Il leur suffit d'invoquer le droit, qui leur a été acquis, antérieurement à la confirmation, et auquel cette confirmation postérieure n'a pas pu, après coup, porter atteinte.

L'article 1338, en un mot, est fondé sur ce principe élémentaire, que nous ne pouvons disposer que de ce qui nous appartient, et que le droit, que nous avons d'abord transmis à une personne, nous ne pouvons plus ensuite le transmettre à un autre.

737. — Quels sont donc ici, *les tiers ?* et quels caractères doit présenter le droit, qui les met à l'abri de l'effet rétroactif de la confirmation?

Nous les avons déjà définis, en exposant la théorie des tiers, sur l'article 1328, en ce qui concerne la date des actes sous seing privé. (Comp. *supra*, n° 528.)

Cette théorie est la même que celle que nous avons à exposer sur l'article 1338, en ce qui concerne les effets de la confirmation; et la plus étroite analogie existe entre ces deux matières.

Eh bien ! donc, deux conditions sont également ici néces-

saires, pour qu'une personne soit considérée comme un tiers :

1° Il faut que cette personne ait acquis, antérieurement à la confirmation, sur la chose qui en fait l'objet, un droit propre et direct, désormais indépendant de la partie, qui l'a consentie, et auquel cette partie ne peut plus, après coup, porter atteinte;

2° Il faut que ce droit, tel qu'il a été concédé, et dans les conditions où il a été acquis, soit, par son caractère essentiel de réalité, incompatible avec le droit qui résulte de la confirmation; de sorte que si cette confirmation pouvait l'atteindre, il se trouverait détruit, restreint ou amoindri.

788. — Nous mettons tout d'abord en relief cette circonstance, qu'il faut que le droit ait été acquis par le tiers, antérieurement à la confirmation.

Cela est, en effet, de toute évidence!

S'il s'agissait d'un droit concédé à une personne, postérieurement à la confirmation, il est clair que l'effet rétroactif de cette confirmation lui serait opposable;

Comme il serait opposable aux héritiers ou successeurs universels de la partie qui l'aurait consentie.

Car cette personne serait alors non pas *un tiers*, mais *un ayant cause* de cette partie.

Un ayant cause à titre particulier!

Sans doute; mais les confirmations, comme toutes les conventions faites par une partie, sont opposables, avec tous leurs effets, aux ayants cause à titre particulier comme aux ayants cause universels ou à titre universel.

Le mot lui-même l'implique nécessairement : *ayant cause de l'auteur de la confirmation.*

Et tous nos textes témoignent de ce principe. (Comp. art. 1122, 1322; *supra*, n° 526.)

Primus avait consenti une hypothèque, en minorité, au profit de Secundus; et le créancier, dès le jour de la con-

stitution hypothécaire, avait pris une inscription sur l'immeuble.

Devenu majeur, Primus confirme cette hypothèque.

Et, postérieurement à la confirmation, il consent, sur le même immeuble, une hypothèque au profit de Tertius.

La confirmation antérieure était-elle opposable au créancier hypothécaire postérieur?

Où donc pourrait être la raison d'en douter?

On objectait, devant la Cour de cassation, dans l'intérêt du créancier postérieur, que l'incription hypothécaire, prise par Secundus, sur l'immeuble de Primus, durant sa minorité, était nulle; et on disait qu'une inscription nulle ne peut jamais devenir valable rétroactivement, *ex post facto*, et qu'il fallait qu'une inscription nouvelle fût régulièrement prise!

Mais l'inscription qui avait été prise sur l'immeuble du constituant mineur, n'était pas *nulle*; elle n'était qu'*annulable*, susceptible donc d'être confirmée.

Et une fois confirmée, elle était devenue valable *ut ex tunc*, comme du jour où elle avait été prise.

C'est ce que la Cour suprême a decidé, avec grande raison. (25 nov. 1856, Saissy, Dev., 1857, I, 117.)

789. — Il est donc bien entendu qu'il s'agit, dans l'article 1338, des droits qui ont été acquis antérieurement à la confirmation; et que c'est dans ce cas seulement que la partie, qui repousse, en ce qui la concerne, l'effet rétroactif de cette confirmation, peut être considérée comme un tiers.

Il s'agit, en un mot, des droits qui ont été acquis, dans l'intervalle intermédiaire de la confirmation à la concession du droit nouveau.

C'est l'application de la fameuse maxime de Bartole :

« *Actus medius interveniens impedit ratihabitionem trahi retro in præjudicium tertii, cui jus, intermedio tempore, quæsitum fuit.* » (Sur la loi, 16, § I, ff. *Ratam rem haberi.*)

Nous allons appliquer cette théorie sur l'article 1338, comme sur l'article 1328 :

1° Aux créanciers chirographaires;

2° Aux acquéreurs;

3° Aux créanciers hypothécaires.

790. — Mais, avant d'exposer successivement chacune de ces hypothèses, nous devons présenter deux observations générales.

La première est celle-ci :

Le principe que l'effet rétroactif de la confirmation n'a pas lieu au préjudice du droit des tiers, est applicable aux obligations *annulables*.

Cette proposition nous paraît certaine.

Et pourtant, nous devons dire qu'elle a été contestée, et que d'éminents auteurs enseignent que l'article 1338 est applicable seulement aux obligations *nulles*, et non pas aux obligations *annulables*.

Que cette théorie ait été produite par quelques auteurs, sous notre ancien Droit, à une époque où les règles de la confirmation, ne reposant encore sur aucun texte, étaient elles-mêmes incertaines et confuses, on le comprend. (Comp. Basnage, *Des Hypothèques*, ch. III; Denizart, v° *Ratification;* nouveau Denizart, v° *Hypothèque*, § III, sect. 7.)

Mais ce qui peut paraître surprenant, c'est qu'elle ait trouvé encore des partisans, sous l'empire de notre Code, en présence de l'article 1338!

Telle est, en effet, la théorie que professent Merlin (Quest. de Droit, v° *Hypothèques*); Toullier, t. IV, n° 563, et Troplong, *Des Hypothèques*, t. II, n°s 496, 499.

« La maxime que la ratification ne peut jamais préjudicier à un tiers, dit Merlin, n'est vraie que quant à la ratification d'un acte que la loi considère comme non existant, soit parce qu'elle le frappe d'une nullité absolue, par des motifs d'ordre public, soit parce qu'il manque des formes essentiellement constitutives de son exis-

tence légale, soit parce qu'il est étranger à la personne qui le ratifie.

« Mais lorsque la nullité est simplement relative, elle constitue, en faveur de ceux qui sont admis à s'en prévaloir, plutôt une simple faculté de poursuivre et de faire prononcer l'annulation de l'acte. Comme il n'est point frappé de nullité et qu'il subsiste par lui-même, l'approbation expresse ou tacite qui lui est donnée plus tard, a, comme la prescription de l'action en nullité ou en rescision, à laquelle il est soumis, un effet rétroactif, qui se reporte naturellement au temps où l'acte a été passé. »

Il nous est impossible de ne pas dire, malgré l'autorité considérable des grands noms que nous venons de citer, qu'une théorie pareille n'est rien moins que la violation flagrante du texte même de l'article 1338, et de la vraie théorie qu'il représente :

1° L'article 1338, en effet, gouverne *l'obligation, contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision;*

Or, ces sortes d'obligations sont précisément celles que l'on appelle *annulables,* et qui existent, comme on dit, légalement, tant qu'elles ne sont pas annulées;

Donc, c'est pour ces obligations que l'article 1338 dispose que la confirmation, qui en est donnée, ne peut pas avoir un effet rétroactif au préjudice du droit des tiers!

2° Oh! sans doute, la ratification d'une obligation nulle et inexistante, n'a pas non plus d'effet rétroactif. (Comp. l'étude excellente de notre cher collègue et ami, M. Guillouard, *Sur la vente de la chose d'autrui,* Revue critique de législation, 1875, t. IV, p. 737 et suiv. n° 20.)

Mais précisément, ces obligations, nulles et inexistantes, sont en dehors de l'article 1338, qui ne s'en occupe en aucune manière, parce qu'elles ne sont pas, en effet, susceptibles de confirmation.

Et alors, de deux choses l'une :

Ou il s'agit d'une obligation *nulle;* et, dans ce cas,

l'article 1338 n'étant pas applicable, il n'y a pas lieu de s'occuper de l'effet de la confirmation, puisque la confirmation n'est pas possible;

Ou il s'agit d'une obligation *annulable;* et, dans ce cas, l'article 1338 est applicable, mais, bien entendu, applicable tout entier! et, en même temps qu'il admet la confirmation, il ajoute que l'effet rétroactif n'aura pas lieu au préjudice du droit des tiers.

791. — Voici maintenant notre seconde observation. (*Supra,* n° 790.)

L'article 1338, qui est, ainsi que nous venons de le dire, applicable aux obligations contre lesquelles la loi admet l'action en nullité ou en rescision, est, par cela même aussi, applicable à tous les vices que peuvent engendrer cette action en nullité ou en rescision : non-seulement aux vices résultant de l'incapacité personnelle, tels que minorité, mariage, interdiction, mais encore aux vices du consentement, erreur, dol ou violence, en un mot, à tous les vices qui peuvent rendre, en effet, l'obligation annulable, et susceptible, par suite, de confirmation.

Cette proposition est, encore, d'évidence!

Et si nous la présentons, c'est que les exemples que l'on a coutume de choisir, dans les graves controverses que nous allons aborder, sont presque toujours empruntés à des obligations annulables pour cause d'incapacité; et celui, que l'on met le plus volontiers en scène, c'est un majeur, confirmant, en majorité, une obligation par lui consentie en minorité.

Nous ferons de même, parce que ce procédé aura l'avantage de combattre, comme nous croyons devoir le faire, les doctrines dissidentes sur le terrain où elles se sont placées.

Mais il est bien entendu que la thèse, que nous appliquerons à l'obligation annulable pour cause d'incapacité personnelle, devra être aussi appliquée à toutes les obligations annulables pour une autre cause, quelle qu'elle soit.

Et maintenant, reprenons chacune des trois hypothèses que nous avons annoncées. (*Supra*, n° 789.)

792. — 1° Les créanciers chirographaires de la partie qui a consenti la confirmation, sont-ils des tiers, auxquels l'effet rétroactif n'en puisse pas être opposé, lorsque leurs titres ont une date certaine, antérieure à la confirmation?

Oui! répond Duranton : *car l'article* 1338 *parle des tiers d'une manière générale.*

D'où l'auteur conclut que, si un mineur a consenti une hypothèque, et que, devenu majeur, il la ratifie, ses créanciers, même chirographaires, porteurs de titres ayant date certaine au temps de la ratification, peuvent s'opposer à ce que le créancier, dont l'hypothèque a été ratifiée, l'exerce à leur préjudice. (T. XIX, n° 346.)

Mais il nous paraît évident que c'est *non!* au contraire, qu'il faut répondre.

La confirmation, avec son effet rétroactif, est opposable aux *ayants cause* de la partie qui l'a consentie. (*Supra*, n° 788.)

Or, les créanciers chirographaires sont purement et simplement ses ayants cause, n'ayant d'autre droit que le sien, et aucun droit propre et direct de leur chef.

Est-ce que le mineur, devenu majeur, ne pourrait pas, au préjudice de ses créanciers chirographaires, consentir une nouvelle hypothèque depuis sa majorité?

Certainement oui!

Comment donc ne pourrait-il pas, *a fortiori*, ratifier, à leur préjudice, l'hypothèque antérieurement consentie! (Comp. Larombière, t. IV, art. 1338, n° 55.)

793. — 2° Supposons maintenant un acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit.

Le 19 avril 1824, le sieur Lenoir, alors mineur, vend un jardin au sieur Phalouzot; cette vente consentie par le mineur personnellement, n'est pas accompagnée des formalités requises par la loi.

Le 28 septembre 1829, le sieur Lenoir, devenu majeur, vend ce même jardin au sieur Brunet.

Et, ensuite le 28 octobre 1829, postérieurement, par conséquent, à cette seconde vente, il confirme la première vente faite par lui, en minorité, au sieur Lenoir.

Cette confirmation pouvait-elle avoir un effet rétroactif au préjudice du second acheteur, de manière que la seconde vente dût disparaître devant la première?

Telle est la question qui se présenta devant la Cour de Riom, dans l'espèce même, que nous venons de citer.

Et la Cour décida que la confirmation de la première vente avait rétroactivement anéanti la seconde! (28 mars 1833, Brunet, Dev. 1837, I, 103.)

Cette doctrine est aussi enseignée par Taulier. (T. IV, p. 509.)

Empressons-nous, d'ajouter que l'arrêt de la Cour de Riom a été cassé par la Cour suprême. (16 janv. 1837, *loc. supra cit.*)

Et vraiment, il était bien impossible que cette cassation ne fût pas prononcée; car cette espèce est celle-là même où l'application de l'article 1338 apparaît avec le caractère le plus manifeste de logique et de nécessité.

Cette doctrine, qui, sur l'article 1338, met le second acquéreur à la discrétion de son vendeur, rappelle la doctrine semblable de Toullier, sur l'article 1328. (*Supra*, n°s 530-532.)

L'une ne nous paraît pas, en effet, plus admissible que l'autre :

1° Nous n'avons pas sans doute à prouver ici que le second acheteur d'un immeuble est, par excellence, un tiers, relativement au vendeur, qui a confirmé, postérieurement à la seconde vente, la première vente annulable, qu'il avait consentie antérieurement.

Cette preuve nous est bien acquise. (Comp. *supra*, n° 531.)

Et elle éclate, pour ainsi dire, d'elle-même!

2° Mais il y a, dans notre matière spéciale de la confirmation, un autre argument encore, et qui n'est pas moins péremptoire.

En effet, celui qui vend un immeuble, cède virtuellement et nécessairement, à l'acheteur, tous les droits, actions, et moyens quelconques, qui peuvent aider celui-ci à défendre, à conserver, ou même à reconquérir la propriété qu'il acquiert; voilà comment l'action en garantie est transmise; aussi est-il généralement reconnu que le sous-acquéreur évincé peut, de son chef, rebondir, de plein saut, *omisso medio,* contre le vendeur originaire;

Or, au premier rang des actions, au moyen desquelles l'acheteur peut défendre et conserver la propriété de l'immeuble par lui acquis, il faut évidemment placer l'action en rescision ou en nullité d'une première vente, que son auteur avait consentie de ce même immeuble au profit d'un autre acheteur;

Donc, cette action en nullité ou en rescision est transmise nécessairement par le vendeur à l'acheteur, par le seul et immédiat effet de la vente elle-même.

On se récrie que la première vente n'était pas nulle, mais seulement annulable; — que, par conséquent, elle existait légalement, tant que la justice n'en avait pas prononcé la nullité; — et que jusque-là, le premier acheteur était propriétaire. (Comp. l'arrêt de Riom précité; Troplong, *supra* n° 790.)

Raison de plus pour que l'action en nullité ou en rescision contre le premier acheteur ait été transmise au second !

Car si la seconde vente n'a pas pour objet l'immeuble lui-même directement, et qu'elle n'ait pas non plus pour objet l'action en nullité ou en rescision, qui appartient au vendeur contre la première vente, quel en sera donc l'objet?

3° Et puis enfin, comment admettre que le vendeur, qui transmet à un second acheteur, l'immeuble, qu'il a

vendu déjà à un premier acheteur, puisse conserver l'action en rescision ou en nullité, qu'il a contre la première vente;

C'est-à-dire que, par le même contrat, dans lequel il s'oblige à garantir son acheteur de toute éviction, il se réserve le droit de l'évincer lui-même! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 270; Colmet de Santerre, t. V, n° 811 *bis*, I; Larombière, t. IV, art. 1333, n° 53.)

794. — M. Colmet de Santerre suppose, dans cette même hypothèse de l'aliénation de l'immeuble, une autre combinaison.

« Il faut, dit notre savant collègue, rapprocher de cette hypothèse celle dans laquelle la convention annulable est une constitution d'hypothèque ou d'un autre droit réel, et la seconde convention une aliénation. Là encore la ratification du premier acte n'est pas inconciliable avec l'existence du second; car il n'est pas rare d'aliéner un immeuble, qu'on a précédemment grevé d'hypothèque, de servitude ou d'usufruit. L'acquéreur devient alors tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, nu propriétaire, ou propriétaire d'un fonds grevé de servitude. Il s'agira donc de savoir si le second contractant a accepté ces diverses situations, ou s'il a entendu acquérir l'immeuble entièrement dégrevé; les faits seuls peuvent éclairer et trancher la difficulté. » (T. V, n° 311 *bis*, II.)

Mais ces solutions, ainsi formulées, ne nous paraissent pas admissibles.

Il peut bien arriver que l'acheteur de la nue propriété d'un immeuble soit non recevable à contester l'effet de la confirmation, que son vendeur, après la vente, aurait faite de la constitution d'un usufruit par lui consentie, en minorité, sur cet immeuble.

Mais c'est que, en cas pareil, il résultera toujours du contrat même de vente que l'acquéreur de la nue propriété se sera engagé à supporter l'usufruit pendant toute la vie d'une certaine personne déterminée.

Comment supposer que celui qui achète seulement la nue propriété d'un immeuble, ne se fasse pas représenter le titre constitutif de l'usufruit, dont cet immeuble est grevé, et qu'il ne s'enquière pas de la personne de l'usufruitier, de son âge, de sa profession, etc.?

Or, de ces explications, et de l'énonciation, qui sera faite, dans le contrat de vente, du nom de l'usufruitier, il pourra, en effet, y avoir lieu de conclure que l'acquéreur de la nue-propriété a accepté cette situation, telle qu'elle était, et qu'il n'a pas entendu entrer en jouissance avant la mort de la personne désignée comme titulaire de l'usufruit de l'immeuble, dont il ne payait que la nue propriété.

C'est donc là une espèce particulière; et il est malaisé peut-être de la discuter en droit, parce qu'elle n'est guère susceptible de se présenter en fait, dans des conditions aussi peu précises.

795. — Il en est autrement de l'hypothèque.

Primus, mineur, a constitué une hypothèque au profit de Secundus, sur son immeuble.

Devenu majeur, il vend cet immeuble à Tertius.

Et, après la vente, il confirme l'hypothèque, par lui consentie, en minorité, au profit de Secundus.

Cette confirmation peut-elle avoir un effet rétroactif contre Tertius, l'acheteur de l'immeuble ?

Oui, répond M. Colmet de Santerre. (*Loc. supra cit.*)

Tel n'est pas notre sentiment.

Nous allons examiner bientôt l'hypothèse, où Primus, au lieu de vendre, depuis sa majorité, l'immeuble par lui hypothéqué, durant sa minorité, aurait constitué, sur cet immeuble, une nouvelle hypothèque. (*Infra*, n° 797.)

Et, comme les deux hypothèses mettent en scène les mêmes principes et doivent, à notre avis, recevoir la la même solution, nous ne voulons pas les séparer.

Toutefois, il y a, pour celle-ci, un argument spécial, que nous ne saurions omettre, et que voici :

Pour confirmer une constitution d'hypothèque, qui est sujette à une action en nullité ou en rescision, il faut avoir la même capacité que pour constituer cette hypothèque; nous avons établi, en effet, que la confirmation, qui est un nouveau consentement, d'où la purification du premier consentement résulte, doit réunir toutes les conditions requises pour la validité de la convention, qui en est l'objet. (*Supra*, n° 755.)

Or, d'une part, en Droit, pour consentir une hypothèque, il faut avoir la capacité d'aliéner l'immeuble qu'on y soumet, et en être propriétaire; l'hypothèque conventionnelle n'est, en effet, valable qu'autant que le contrat déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur* (art. 2124, 2125, 2129);

D'autre part, en fait, l'ex-mineur, ayant vendu l'immeuble, sur lequel il avait consenti une hypothèque durant sa minorité, n'est plus actuellement propriétaire de cet immeuble; il n'a plus le pouvoir de l'aliéner;

Donc, il n'a plus le pouvoir de l'hypothéquer, ni par conséquent, non plus, le pouvoir de confirmer l'hypothèque par lui entièrement consentie.

On se rappelle à quel point nos anciens auteurs poussaient l'application de ce principe, et qu'ils décidaient que la subrogation conventionnelle, consentie par le débiteur, au profit d'un tiers, auquel il empruntait des deniers pour payer son créancier, ne pouvait pas transmettre au subrogé les hypothèques grevant les immeubles, qui appartenaient à un tiers détenteur, au moment où la subrogation était consentie.

Et le motif qu'ils en donnaient, c'était précisément que le débiteur, à ce moment-là, n'étant plus propriétaire de l'immeuble, ne pouvait plus l'hypothéquer.

Cette doctrine a même été encore celle de Toullier, sous l'empire de notre Code. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n°s 321 et 439.)

Nous n'avons pas cru, il est vrai, pour notre part, devoir l'admettre en matière de subrogation, parce que, dans cette matière, il ne s'agit pas de constituer l'hypothèque, ni de lui donner, après coup, une force plus grande que celle qui lui appartient déjà. L'hypothèque est complétement valable ; et tout ce qu'il s'agit de faire, c'est de la transmettre, avec la créance, au subrogé, sans changer, en aucune manière, la situation du tiers détenteur, qui reste après absolument la même qu'elle était avant.

Mais très-différente est la situation, en matière de confirmation.

C'est une hypothèque sujette à une action en nullité ou en rescision, qui grève l'immeuble du tiers détenteur.

Et que prétendez-vous faire avec votre confirmation?

Vous prétendez la purger, à son préjudice, de cette action en nullité ou en rescision, et la rendre *valable* d'*annulable* qu'elle est.

Oh! alors l'ancienne doctrine se dresse contre vous dans toute sa force.

Et cette fois, en effet, au lieu de la combattre, nous nous y rallions entièrement.

796. — Le même principe doit, à notre avis, résoudre la troisième hypothèse proposée par M. Colmet de Santerre, relativement à une servitude constituée par le propriétaire de l'immeuble en minorité, et qu'il veut ensuite, devenu majeur, confirmer, au préjudice de l'acheteur, auquel il a transmis la propriété de son immeuble.

Pour consentir, en effet, une servitude, il faut avoir la propriété de l'immeuble que l'on veut y assujettir, tout comme pour consentir une hypothèque.

J'achète de vous un immeuble à la charge duquel existe une servitude passive ; supposons même que c'est une servitude apparente, un droit de vue.

Je pourrai certainement en demander la suppression, si je découvre qu'elle n'est pas fondée en titre et que le

temps, qui est nécessaire pour l'acquérir par la prescription, n'est pas accompli. (Art. 690.)

Pourquoi donc ne pourrais-je aussi en demander la suppression, si je découvre que la convention, en vertu de laquelle elle a été établie, est sujette à une action en nullité ou en rescision?

Nous n'apercevons pas où pourrait être le motif de cette différence.

On objecte qu'il arrive souvent qu'un immeuble vendu est grevé d'une servitude, et qu'il n'y a pas incompatibilité entre ces deux droits, dont l'un n'est pas exclusif de l'autre.

Notre réponse est déjà faite.

Le vendeur d'un immeuble s'engage nécessairement à en transmettre la propriété à l'acheteur, *cum omni causa,* avec toutes les actions, qui s'y rattachent et qui peuvent servir à défendre ce droit absolu et exclusif, dans lequel la propriété consiste; il ne peut rien faire, postérieurement à la vente, qui soit de nature non-seulement à anéantir, mais même à modifier ou à restreindre le droit de l'acheteur;

Or, la constitution de cette servitude, qui grevait l'immeuble, au moment de la vente, était annulable;

Donc, vous n'avez pas pu, après coup, par votre fait, la rendre valable irrévocablement d'annulable qu'elle était.

Car cette action en nullité ou en rescision, dont elle était affectée, vous me l'aviez cédée virtuellement.

Et la preuve que vous me l'aviez cédée, c'est que vous ne pourriez pas l'exercer, en effet, vous! après la vente.

Sans intérêt, point d'action; et qui est-ce qui a intérêt, quand il s'agit de demander l'annulation d'une servitude réelle? c'est seulement le propriétaire de l'immeuble, qui se trouverait dégrevé.

Or, propriétaire, vous ne l'êtes plus!

Donc, vous ne pouvez plus exercer l'action en nullité ou en rescision pour demander l'annulation de la servitude.

Si vous ne pouvez plus l'exercer, c'est donc qu'elle ne vous appartient plus.

Et si elle ne vous appartient plus, vous ne pouvez pas plus y renoncer par une confirmation que vous ne pourriez l'exercer par une action.

C'est bien le cas d'appliquer la règle du jurisconsulte Paul :

« *Quod quis, si velit, habere non potest, repudiare non potest.* » (L. 174, § I, ff. *de diversis Regulis juris.*)

797. — 3° Nous voici arrivé à notre troisième et dernière hypothèse, qui met en présence deux créanciers hypothécaires. (*Supra*, n° 789.)

Primus, mineur, a constitué, au profit de Secundus, une hypothèque sur son immeuble.

Devenu majeur, il constitue, sur le même immeuble, une nouvelle hypothèque au profit de Tertius.

Et c'est après cela, qu'il confirme l'hypothèque qu'il avait, durant sa minorité, constituée au profit de Secundus.

Cette confirmation aura-t-elle un effet rétroactif à l'encontre de Tertius, de sorte que, dans l'ordre, l'hypothèque constituée en minorité, doive être colloquée avant l'hypothèque constituée en majorité ?

Ou, au contraire, Tertius, malgré cette confirmation, pourra-t-il, de son chef, demander la nullité de la première hypothèque, pour être colloqué au premier rang?

Cette question est une de celles qui ont toujours été le plus agitées, dans cette matière, sous l'ancien droit comme sous le droit nouveau.

Basnage la déclarait *fort problématique*; et il proposait, pour la résoudre, une distinction que voici :

Ou l'obligation personnelle consentie par le mineur,

est valable, parce qu'il a profité, par exemple, des deniers par lui empruntés ; et, alors, l'hypothèque consentie par lui pour garantie de cet emprunt, étant elle-même valable, aura rang, à l'encontre des créanciers hypothécaires postérieurs, du jour même où elle a été consentie;

Ou, au contraire, l'obligation personnelle consentie par le mineur, est annulable, parce qu'il n'aurait point profité des deniers empruntés, ou pour toute autre cause, comme pour vice de dol; et alors, l'hypothèque, étant elle-même annulable, n'aura rang, à l'encontre des autres créanciers hypothécaires, que du jour où elle aura été confirmée. (*Des Hypothèques,* chap. VII.)

Mais il est manifeste que cette prétendue distinction n'en est pas une, en vérité, quoique Duranton l'ait à son tour reproduite sous l'empire de notre Code. (T. XIII, n° 285, et t. XIX, n°s 344, 347.)

Si on admet, en effet, que l'hypothèque consentie par le mineur n'est pas annulable, lorsque l'obligation personnelle consentie par lui n'est pas elle-même annulable, ce cas est tout à fait en dehors de notre question, puisque l'hypothèque n'était pas alors annulable, il n'y a pas lieu de s'occuper de la confirmation ni de ses effets; c'est ce que Basnage lui-même reconnaît, en disant que, dans ce cas, *la ratification n'est point nécessaire!*

Faut-il admettre que l'hypothèque consentie par le mineur n'est pas annulable, lorsque l'obligation personnelle consentie par lui ne l'est pas?

C'est là un point qui est encore en dehors de notre sujet; car il s'agit alors, non pas de la confirmation ni de ses effets, mais de la capacité du mineur, et de savoir s'il peut, ou s'il ne peut pas consentir valablement une hypothèque. Or, si nous avions à résoudre ici cette question, nous n'hésiterions pas à répondre que l'hypothèque consentie par le mineur est annulable, lors même que l'obligation personnelle consentie par lui ne l'est pas. (Arg. des art. 457, 458, 2124, 2126; comp.

notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, etc., t. II, n° 825.)

Finalement donc, la doctrine de Basnage revient à dire que la confirmation, par l'ex-mineur, de l'hypothèque qu'il a consentie en minorité, n'a pas d'effet rétroactif, au préjudice de l'hypothèque qu'il a consentie dans le temps intermédiaire de sa majorité à la confirmation.

Mais Pothier enseigne la doctrine contraire, et que l'hypothèque confirmée date du jour même où elle a été consentie. (*De l'Hypothèque*, n° 46; et *Introduction au titre X de la Coutume d'Orléans*, n° 24.)

La même divergence existait dans l'ancienne jurisprudence des Parlements. (Comp. Nouveau Denizart, v° Hypothèque, § III, sect. VII.)

798. — Cette controverse n'est pas moins vive encore aujourd'hui.

Et trois systèmes sont en présence :

I. — Le premier enseigne que l'effet rétroactif de la confirmation est opposable au créancier hypothécaire postérieur à l'hypothèque confirmée.

« Si, aux termes de l'article 1338, disent MM. Aubry et Rau, la confirmation ne peut jamais préjudicier aux droits des tiers, cela doit s'entendre des droits tels que les tiers les avaient acquis. Or, les créanciers, dont l'hypothèque est postérieure à celle qui avait été constituée en minorité ou pendant le mariage, ne peuvent prétendre que la confirmation de cette dernière porte atteinte à leurs droits, en leur enlevant l'avantage de la priorité de rang. Avertis qu'ils étaient de l'existence de cette hypothèque, ils ont pu et dû s'attendre à la voir confirmer, puisqu'en constituant, à leur profit, une nouvelle hypothèque, leur débiteur ne renonçait pas, par cela seul, à la faculté de confirmer celle qu'il avait précédemment consentie. » (Sur Zachariæ, t. III, p. 270; Comp. Paris, 15 déc. 1830, Dev. 1831, II, 83; Merlin, Quest. de Droit, *Hypothèque* n°s 6, 7; Toullier, t. IV, n° 524, et

t. VIII, n° 564; Troplong, *Des Hypothèques*, t. I, n°s 487 et suiv.; Pont, *Des Priv. et Hypoth.*, n° 616.)

799. — 2° D'après le second système, la solution de notre question ne serait pas susceptible de recevoir, en principe, une solution doctrinale toujours la même.

Il faudrait y voir une question de fait et d'intention, plutôt qu'une question de Droit :

« Il s'agira, dit M. Colmet de Santerre, de découvrir, d'après les faits, si le deuxième créancier a dû compter sur une renonciation du propriétaire au droit de confirmer la première constitution d'hypothèque, ou s'il a accepté la situation d'un créancier hypothécaire primé par un plus ancien. Cette interprétation de volonté ne sera pas ordinairement difficile; car si, au moment de la constitution de la seconde hypothèque, il était probable, d'après la valeur de l'immeuble, que les deux créanciers avaient chance d'être payés, on peut comprendre que le second n'ait pas exigé la renonciation au droit *d'attaquer* la première hypothèque. » (T. V, n° 311 *bis*, II.)

800. — 3° Enfin, le troisième système consiste à décider que, en aucun cas, la confirmation de la première hypothèque annulable ne peut avoir d'effet rétroactif au préjudice de la seconde.

Avons-nous besoin d'ajouter que ce système est le nôtre !

La démonstration en est déjà, en effet, fournie par les développements qui précèdent ;

1° Aux termes de l'article 1338, la confirmation de l'obligation annulable, ne peut pas avoir d'effet rétroactif, *au préjudice du droit des tiers.*

Or, le second créancier hypothécaire est-il un tiers?

Évidemment oui !

Donc, la confirmation de la première hypothèque annulable ne peut pas, à son préjudice, avoir un effet rétroactif, qui en reporte la validité à l'époque où elle a été constituée.

Voilà le texte même; il nous paraît péremptoire!

2° Le créancier hypothécaire est un tiers, disons-nous.

Pourquoi?

Parce qu'il est muni d'un droit réel, qui, par sa seule force et par sa propre énergie, s'oppose à toute rétroactivité de ce genre (*supra*, n° 786);

D'un droit désormais indépendant du fait du débiteur, et auquel celui-ci ne peut plus, ni directement, ni indirectement, porter une atteinte, dont le résultat serait non-seulement de l'anéantir, mais même de le diminuer ou de le restreindre.

Or, la confirmation de la première hypothèque par le débiteur aurait ce résultat;

Donc, elle ne peut pas avoir lieu à son préjudice.

3° On objecte au second créancier qu'il a connu l'inscription de la première hypothèque, et qu'il a pu et dû s'attendre à être primé par elle.

Nous pourrions répondre d'abord qu'il est possible qu'il n'ait pas connu cette inscription; on admet généralement, en effet, que l'existence seule de l'inscription ne constitue pas le tiers-détenteur d'un immeuble en mauvaise foi, lorsqu'il s'agit, pour lui, d'acquérir, d'après l'article 2180, par la prescription de dix ou vingt ans, l'affranchissement de l'hypothèque, qui le grève.

Mais supposons qu'il l'a connue.

Eh bien! ce qu'il a vu, c'est que la première hypothèque, qui précédait la sienne, était une hypothèque annulable! et voilà comment il a accepté la seconde hypothèque, dans cette situation hypothécaire de l'immeuble, avec tous les droits, qui en résultaient, pour faire valoir son hypothèque, suivant les éventualités plus ou moins imprévues de l'avenir.

Or, cette situation hypothécaire de l'immeuble, telle qu'elle était précisément au moment où son hypothèque a été constituée, elle est désormais irrévocable; et il ne saurait appartenir au débiteur de la changer.

Si l'inscription de la première hypothèque était annulable pour un vice de forme, d'après l'article 2148, est-ce que le débiteur pourrait la valider rétroactivement au préjudice de la seconde?

Évidemment non!

Pourquoi donc pourrait-il davantage, lorsqu'elle est annulable pour cause de minorité, la valider, à son préjudice, par une confirmation?

Et voilà comment on est nécessairement amené à reconnaître que, en consentant la seconde hypothèque en majorité, il a cédé à son créancier l'action en nullité ou en rescision qu'il avait pour faire annuler la première hypothèque consentie en minorité.

« De sa nature, dit très-bien M. Larombière, le droit est toujours le même. Qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'hypothèque ou de tout autre droit réel, il y a, pour celui qui l'a transféré, une égale impossibilité de rien faire, après sa transmission, qui en restreigne ou modifie les effets. » (T. IV, art. 1338, n° 58.)

4° Mais pourtant, dit-on encore, deux hypothèques peuvent concourir sur le même immeuble; l'une n'exclut pas l'autre, comme deux ventes entre elles, s'excluent nécessairement.

Nous répondons à cette nouvelle objection : ou qu'elle n'a aucune portée, ou qu'elle a presque le caractère d'une ironie.

Elle n'a pas de portée, si on suppose que, au moment où la collocation s'opère, les deux hypothèques viennent, également, en ordre utile; il est clair, en effet, dans ce cas, que notre question ne s'élèvera pas.

Elle est presque une ironie, si on suppose (ce qu'il faut bien supposer, pour qu'il y ait question) que, au moment de la collocation, le prix de l'immeuble est insuffisant, pour satisfaire les deux hypothèques.

La belle place, en effet, qui reste pour la seconde, à laquelle rien ne reviendra!

Voilà ce que M. Colmet de Santerre a bien compris; et c'est pourquoi il propose de distinguer *si, au moment de la constitution de la seconde hypothèque, il était probable, d'après la valeur de l'immeuble, que les deux créanciers avaient chance d'être payés.* (*Supra,* n° 799.)

Mais, d'abord, il pourrait bien arriver que la solution de ce point de fait ne fût pas toujours aussi facile que notre honorable collègue paraît croire. Quelle était, au moment de la constitution de la seconde hypothèque, la valeur de l'immeuble? cet immeuble était-il, d'après sa nature et sa destination, plus ou moins sujet à des chances de dépréciation ou de détérioration? voilà ce qu'il faudrait décider à une époque éloignée déjà peut-être dans le passé! N'y aurait-il pas lieu aussi de tenir compte de l'époque à laquelle la confirmation de la première hypothèque aurait eu lieu, avant ou après le fait quelconque, qui aurait rendu la valeur de l'immeuble insuffisante, pour satisfaire les deux hypothèques?

C'est, d'ailleurs, indépendamment de ces difficultés de fait, qui seraient inséparables de l'amendement proposé, qu'il nous paraît devoir être rejeté.

Il n'y a pas là, suivant nous, une question de fait; il y a une question de principe.

Et nous persistons à penser que, légalement, l'obstacle qui s'oppose à tout effet rétroactif de la confirmation, au préjudice du second créancier hypothécaire, réside essentiellement dans le caractère réel du droit, qui lui est acquis.

C'est pourquoi nous concluons, avec M. Teste, que jusqu'à la confirmation, l'acte annulable demeure, en ce qui concerne les tiers, dans son état d'imperfection et d'impuissance, et que *c'est seulement de la confirmation, qu'il emprunte, à leur égard, son efficacité.* (Encyclopédie du Droit, v° *Actes confirmatifs,* n° 22; comp. Nancy, 1er mai 1812, Sirey, 1813, II, 50; Paris, 23 juill. 1838, Cadet, Dev., 1839, II, 5; Montpellier, 6 janv. 1866, Tissié-

Sarrus, Dev., 1866, II, 280; Observations de Devilleneuve, 1839, II, 7; de Freminville, *de la Minorité*, t. II, n° 926; Marcadé, art. 1338; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 486; Martou, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, n° 279; Larombière, t. IV, art. 1338, n°s 53 et suiv.)

801. — Un argument pourtant a été produit encore dans l'intérêt de la doctrine contraire; et nous devons d'autant moins négliger d'y répondre, qu'il s'attaque à la base même de toutes les solutions, que nous venons de proposer.

Voici comment Pothier le formulait :

« On ne peut nier, disait-il, que la ratification tacite, qui résulterait de ce que le mineur, devenu majeur, ne se serait pas pourvu dans les dix ans, contre le contrat, confirmerait le contrat et l'hypothèque, qui en naît. La ratification expresse ne doit pas avoir moins d'effet que la ratification tacite. » (*Introduction au titre* x *de la Coutume d'Orléans*, n° 24.)

Et l'argument a été trouvé si concluant, que tous les jurisconsultes, qui sous l'empire de notre Code ont suivi la doctrine de Pothier, l'ont aussi reproduit, affirmant que, puisque la confirmation tacite de l'article 1304 a un effet rétroactif à l'égard des tiers, le même effet rétroactif à l'égard des tiers doit résulter de la confirmation expresse ou tacite de l'article 1338.

Nous nous garderons bien de méconnaître que la confirmation tacite, qui résulte, d'après l'article 1304, de l'expiration du délai de dix ans, dans lequel l'action en nullité doit être formée, valide, en effet, la convention *ab initio*, envers et contre tous.

La thèse contraire a été, il est vrai, soutenue par Grenier (*des Hypoth.*, t. I, n° 47); et Battur (*des Hypoth.*, t. I, p. 128).

Mais il nous paraît permis de dire qu'il est impossible de la soutenir! Il est de toute évidence que cette

prescription, une fois accomplie, produit, suivant le Droit commun, comme toutes les prescriptions, son effet rétroactif *erga omnes*.

Il y a une autre réponse à faire, et bien meilleure, et tout à fait décisive.

Sur quel motif est fondée la disposition de l'article 1338, d'après lequel la confirmation ne peut pas avoir un effet rétroactif au préjudice du droit des tiers?

Nous l'avons dit, elle est fondée sur ce motif que celui, auquel l'action en nullité ou en rescision appartenait, a cédé cette action au tiers, en même temps que le droit, et avec le droit, qu'il lui cédait;

Or, le cessionnaire ne saurait avoir plus de droit que le cédant; et l'action en nullité ou en rescision, qui était prescriptible par dix ans, pour l'un, est évidemment aussi prescriptible par dix ans, pour l'autre.

C'était désormais au tiers lui-même d'exercer, dans le délai légal, cette action en nullité ou en rescision, qui lui appartenait.

Si donc il arrive qu'elle périsse pour n'avoir pas été exercée, le tiers serait mal venu à s'en plaindre, puisqu'elle n'aura péri que dans ses mains, et par sa faute! (Comp. Basnage, *des Hypoth.*, chap. III; Duranton, t. XIX, n° 345; Troplong, *des Hypoth.*, n° 502; Larombière, t. IV, art. 1338, n°s 54 et 59.)

802. — Nous avons toujours supposé, dans ce qui précède, que la seconde hypothèque, constituée en majorité, était conventionnelle.

La même doctrine doit-elle être appliquée à une hypothèque légale?

Certainement oui, suivant nous. (Comp. Douai, 18 mars 1840, Lethierry, Dev., 1840, II, 289.)

Et à une hypothèque judiciaire?

De même!

L'hypothèque, en effet, quelle qu'en soit l'origine, conventionnelle, légale, ou judiciaire, est toujours *un droit*

réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. (Art. 2114, 2117.)

Et si on objectait que, dans le cas où la seconde hypothèque résulte de la loi ou d'un jugement, le débiteur n'ayant point donné de consentement, n'a pas cédé au créancier hypothécaire postérieur, l'action en nullité ou en rescision, qu'il avait contre la première hypothèque constituée en minorité, nous répondrions que la loi ou le juge ont fait pour le débiteur ce que le débiteur lui-même aurait dû faire, et que son consentement y est suppléé souverainement.

FIN DU VINGT-NEUVIÈME VOLUME.

a

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : **Dev.** — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées ;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

TABLE DES MATIÈRES

DU VINGT-NEUVIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SECTION VII.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS.

Exposition générale. — Historique. — Scientifique. — Division. — Sommaire ..... Page 1

I

Dans quels cas et pour quelles causes il y a lieu à l'action en nullité ou en rescision. — Sommaire..... 43

A

Pour que l'article 1304 soit applicable, il faut que l'action soit formée contre une convention. — Sommaire..... 44

B

Il faut que l'action soit formée par l'une des parties contre l'autre.....Page 101

C

Il faut qu'elle soit fondée sur un moyen de nullité ou de rescision. — Sommaire..... 105

II

Quelle est la durée de l'action en nullité ou en rescision; — et quel est le point de départ de cette durée. — Sommaire..... 109

III

Quels sont les effets de l'action en nullité ou en rescision. — Sommaire..... 171

CHAPITRE VI

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT.

Exposition. — Division générale. — Sommaire..... 179

SECTION I

DE LA PREUVE LITTÉRALE.

Exposition. — Division..... 207

§ I

Du titre authentique. — Division. — Sommaire..... 212

A

Quels titres sont authentiques. — Sommaire..... 212

B

Quels sont les effets du titre authentique. — Sommaire..... 238

§ II

Des contre-lettres. — Sommaire..... 268

§ III

De l'acte sous seing privé. — Exposition. — Division. — Sommaire..... 299

A

De l'acte sous seing privé, à l'égard de ceux qui l'ont souscrit, et de leurs héritiers et ayants cause. — Sommaire.....Page 299

B

De l'acte sous seing privé à l'égard des tiers. — Sommaire..... 423

§ IV

Des écritures privées qui n'ont pas le caractère de titres ou d'actes : I. Des livres de commerce. — II. Des registres et papiers domestiques. — III. Des mentions mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte. — IV. Des lettres missives. — Sommaire. 511

§ V

Des tailles. — Sommaire..... 579

§ VI

Des copies de titres. — Sommaire..... 588

§ VII

Des actes récognitifs. — Sommaire..... 605

§ VIII

Des actes confirmatifs. — Exposition. — Division. — Sommaire. 623

I

Quelles conventions sont susceptibles d'être confirmées. — Sommaire..... 626

II

A quelle époque; — et de quelle manière la confirmation peut avoir lieu. — Sommaire..... 648

III

Quels sont les effets de la confirmation. — Sommaire..... 669

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXIX, art. 1304 à 1340.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1304.	1-74, 101-172.	1-85, 118-171.
1305.	74-92.	86-102
1306.	92-95.	103-106.
1307.	95-96.	107-109.
1308.	96-98.	110-112.
1309.	98.	113.
1310.	98-101.	114-116.
1311.	68-74.	75, 87.
1312.	172-178.	172-180.
1313.	73-74.	85.
1314.	74-90.	87-99.
1315.	184-192.	197-195.
1316.	193-211.	196-227.
1317.	213-220.	229-241.
1318.	221-238.	242-268.
1319.	239-257.	269-286.
1320.	257-268.	287-302.
1321.	270-298.	303-349.
1322.	314-324.	368-382.
1323.	314-324.	368-382.
1324.	314-324.	368-382.

Art. du Cod. Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1325.	325-383.	383-445.
1326.	383-422.	446-500.
1327.	383-422.	446-500.
1328.	423-510.	501-589.
1329.	514-531.	593-612.
1330.	531-535.	613-617.
1331.	536-562.	618-640.
1332.	562-577.	641-662.
1333.	579-588.	665-674.
1334.	589-593.	675-687.
1335.	593-602.	688-698.
1336.	602-605.	699-701.
1337.	605-623.	702-720.
1338.	623-694.	721-800.
1339.	103-105, 635-648.	120-122, 734-752.
1340.	103-105, 635-648.	120-121, 734-752.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

15845. — Typographie Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.

Universitas Claviensis
BIBLIOTHECA
Usus Juris Civilis

La Bibliothèque
Université d'Ottawa

Echéance

Celui qui rapporte un volume après la dernière date timbrée ci-dessous devra payer une amende de cinq sous, plus un sou pour chaque jour de retard.

The Library
University of Ottawa

Date due

For failure to return a book on or before the last date stamped below there will be a fine of five cents, and an extra charge of one cent for each additional day.

a39003 008354093b

KJJ
8.2
.D4N
V.29
ex.3

AUTHOR DEMOLOMBE, Charles

TITLE Cours de Code Napoléon

DATE LOANED	BORROWER'S NAME	DATE RETURNED

DATE DUE

CAT. NO. 1137			